

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

7033 *Resolución de 20 de junio de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Alcázar de San Juan nº 2, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario.*

En el recurso interpuesto por doña R. M. F., en calidad de acreedor hipotecario, contra la nota de calificación de la registradora de la Propiedad de Alcázar de San Juan número 2, doña Eva Leal Colino, 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 por el notario de Tres Cantos, don José Ángel Gómez-Morán Etchart, el día 28 de julio de 2015, número 1.744 de protocolo, doña B. E. B. y doña L. J. M. E. constituyeron hipoteca a favor de doña R. M. F. en garantía de un préstamo por importe de 14.000 euros, concedido por esta, sobre la finca registral número 17.101 del término de Campo de Criptana, un piso que se manifiesta no constituye la vivienda habitual de los prestatarios.

II

Dicha escritura fue presentada telemáticamente en el Registro de la Propiedad de Alcázar de San Juan número 2 el día 28 de julio de 2015, con el asiento 310 del Diario 214, aportándose con fecha 31 de agosto de 2015 copia en soporte papel junto con el documento acreditativo de la autoliquidación del impuesto, y fue objeto de nota de calificación negativa el día 16 de febrero de 2016, cuyo contenido es el siguiente: «Registro de la Propiedad de Alcázar de San Juan N.º 2. Nota de calificación N.º 310/214. Alcázar de San Juan, 16 de febrero de 2016, en base a los siguientes: Hechos: I. El día 28 de julio de 2015, se presentó –Asiento 310 del Diario 214–, copia electrónica remitida por vía telemática por el Notario de Tres Cantos don José-Ángel Gómez-Morán Etchart, de la escritura de préstamo por el mismo autorizada el día 28 de julio de 2015, numero 1744 de protocolo. Aportada con fecha 31 de agosto de 2015 copia en soporte papel junto con el documento acreditativo de la autoliquidación del impuesto. Aportada diligencia telemática por el Notario autorizante de fecha doce de enero de dos mil dieciséis. Suspendida la calificación y prorrogado el asiento de presentación hasta la resolución del título previo presentado en este Registro cuyo despacho tuvo lugar el día 26 de enero de 2016, fecha en la que ha quedado disponible para su calificación. En el título calificado dona R. M. F. concede a doña B. E. B. y doña L. J. M. E. un préstamo por importe de 14.000 euros constituyéndose hipoteca en garantía del mismo sobre la finca registral 17.101 del término de Campo de Criptana, que se manifiesta no constituye vivienda habitual. Efectuada consulta al Servicio de Interconexión de los Registros de la Propiedad no resulta que la prestamista este dedicada con habitualidad a la concesión de préstamos. Concorre sin embargo la intervención de la empresa de intermediación «BEP Corporación Financiera S.L.». Se incorpora a la escritura ficha de información personalizada y oferta vinculante. En el número 13 de la FIPER consta expresamente la aplicación al contrato de préstamo del Real Decreto 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba la Ley General para

la defensa de los consumidores y usuarios. La oferta vinculante y la FIPER carecen de toda referencia a la prestamista, de tal manera que aparece realizada directamente por la empresa "BEP Corporación Financiera, S.L.". Se pacta un interés moratorio fijo durante toda la vida del préstamo de 14,99 % y un interés moratorio "tres veces el interés legal del dinero" (10,5 % al tiempo de la firma de la escritura del préstamo hipotecario). Se pacta en la estipulación 1.ª la retención de dos cuotas mensuales comprensivas de intereses, «cuya cantidad será retenida por "BEP Corporación Financiera, S.L.", y devuelto a la prestataria a la cancelación de esta escritura de préstamo hipotecario». Fundamentos de Derecho: I. Esta nota de calificación se extiende por la Registradora titular de esta Oficina competente por razón del territorio donde radica la finca, en el ámbito de sus facultades de calificación previstas en los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 99 y siguientes de su Reglamento. II. En cuanto al fondo de la cuestión se acuerda suspender el despacho del documento presentado por haberse observado los siguientes defectos: 1. Carácter abusivo del interés ordinario pactado, señalando que estamos ante un supuesto de hecho idéntico al resuelto por la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de julio de 2015 alegando los fundamentos jurídicos recogidos en la misma que seguidamente se exponen. Por lo que respecta a la aplicabilidad a este supuesto 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, 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, 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 tengo la condición de empresario, entendiendo por tal «a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actué 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 calificador 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, solo 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, 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. Respecto a la cuestión de si la calificación registral se extiende al concreto ámbito del carácter abusivo de las cláusulas de los préstamos hipotecarios, la Dirección General de los Registros y del Notariado 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, solo 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 consideraran 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 solo es posible considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, lo que exige la disponibilidad de unos medios probatorios de los que el registrador carece, y de una valoración de esas circunstancias concurrentes que, en consecuencia, el registrador no se encuentra en condiciones de efectuar, por lo que solo 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 solo 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 la 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 si debe calificar la observancia de los requisitos de transparencia. Por el contrario si 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 solo 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 calificadora respecto de las cláusulas abusivas, han de ser desestimados. Así por lo que respecta al pacto de un interés remuneratorio fijo del 14,99% por considerarlo abusivo 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. 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 este 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 Kasler– de 2014). Sin embargo no es este 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 el 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.l.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 sentencia 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 9.ª), o la sentencia número 43/2013, de 30 enero, de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11.ª); por lo que este debe ser el criterio a seguir en esta materia. Excluida, en consecuencia, la calificación registral, como la judicial, sobre la abusividad de la cuantía de un determinado interés remuneratorio por ser definitorio del objeto principal del contrato y sin necesidad de entrar a valorar las circunstancias concurrentes en el momento de suscripción del contrato, lo que si precede es examinar si en el supuesto objeto del recurso se ha cumplido con el doble filtro de información y transparencia. Respecto del primero la respuesta debe ser afirmativa por cuanto se incorporan a la escritura de constitución de hipoteca tanto la oferta vinculante como la ficha de información personalizada que son los requisitos que impone a estos efectos la Orden EHA/2889/2011. Y en cuanto al segundo filtro, al tratarse de un interés fijo durante toda la duración del préstamo, pocas dudas puede plantear su comprensibilidad por parte del prestatario ya que no existen ni referenciales complejos, ni cláusulas suelo, ni redondeos, ni otro tipo de condiciones que pudieran dificultar un real entendimiento de las consecuencia económicas e importancia

de este tipo de estipulación en el desarrollo del contrato. Ahora bien, esto no significa, 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 «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 aquel 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 solo 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 citado 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. 2.–Abusividad de la cláusula relativa a la retención de dos cuotas mensuales comprensivas de intereses (349,77 euros) 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. Resolución de la DGRN de 22 de julio de 2015.

3.—Se deniega la inscripción de las siguientes estipulaciones: - La cláusula de vencimiento anticipado para el caso de que el deudor incumpliera cualquiera de las obligaciones contraídas en el presente contrato y cualesquiera otras establecidas en Derecho por tener un carácter genérico y resultar desproporcionado atribuir carácter resolutorio a cualquier incumplimiento, pues solo cabe cuando se trata de incumplimiento de una obligación de especial relevancia y en ningún caso accesoria, teniendo que examinarse cada caso particular para determinar la relevancia de la obligación incumplida (STS de 4 de junio de 2008 y 16 de diciembre de 2009). - La cláusula de vencimiento anticipado por no inscripción de la hipoteca por causa imputable al prestatario porque conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2009 «no cabe hacer recaer exclusivamente sobre el prestatario la circunstancia de que la hipoteca prevista no se pueda constituir, incluso por motivos ajenos al mismo, y no tiene en cuenta que es de la Entidad Financiera la carga o diligencia de hacer las comprobaciones pertinentes en el Registro antes de suscribir el préstamo». Además, en el caso de que se subsanen los defectos anteriores y se practique la inscripción la cláusula será superflua. - La cláusula de vencimiento anticipado en caso de falsedad, ocultación o inexactitud de los datos aportados por el prestatario para la formalización de la operación porque no todo incumplimiento es causa de vencimiento de la obligación resultando desproporcionado el atribuir carácter resolutorio a cualquier incumplimiento pues solo cabe cuando se trata del incumplimiento de una obligación de especial relevancia y en ningún caso accesoria, teniendo que examinarse en cada caso particular para determinar la relevancia de la obligación incumplida (Sentencias de 9 de marzo de 2001, y 4 de julio y 12 de diciembre de 2008) sin establecerse en el caso concreto la posibilidad para el prestatario de la constitución de nuevas garantías que puedan atenuar el riesgo de disminución de las pactadas. La cláusula de vencimiento anticipado para el caso de que el deudor fuera declarado en concurso por ser contraria al artículo 61 de la Ley Concursal. - La cláusula de vencimiento anticipado relativa a los arrendamientos en determinadas condiciones por ser contraria a la prohibición de disponer convencional en acto a título oneroso del artículo 27 de la Ley Hipotecaria y porque, como regla general, los arrendamientos posteriores a la hipoteca quedan sometidos al principio de purga (artículos 133 de la Ley Hipotecaria y 175-2 de su Reglamento) y no afectan por tanto a la misma. - El pacto de extensión de la hipoteca conforme a los artículos 109, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria por ser contraria al límite del artículo 112 de la Ley Hipotecaria (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de marzo de 2014). - Del procedimiento de venta extrajudicial, la referencia a que el mismo procederá en los caso de incumplimiento de las obligaciones garantizadas toda vez que el mismo únicamente podrá utilizarse en caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada, según el artículo 129.1 b) de la Ley Hipotecaria y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de marzo de 2014. - Los apoderamientos y autorizaciones contenidos en la escritura al ser pactos ajenos al Registro de la Propiedad y cuya publicidad registral no está prevista por la Ley. - La cláusula relativa a la obtención de segundas copias con carácter ejecutivo por tratarse de materia regulada por la LEC. Contra la presente calificación (...). La Registradora (firma ilegible). Fdo.: Eva Leal Colino».

III

Contra la nota de calificación, doña R. M. F., en calidad de acreedor hipotecario, mediante escrito de fecha 20 de marzo de 2016, interpuso en el Registro de la Propiedad de Alcázar de San Juan número 2, para su remisión a la Dirección General de Registros y del Notariado, el correspondiente recurso el día 23 de marzo 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: Primero.—

Antecedentes de Hecho: I.–D.^a R. M. F. (...) no teniendo como actividad el otorgamiento de préstamos. II.–BEP Corporación Financiera, S.L., es una sociedad dedicada a la intermediación para la celebración de contratos de préstamo entre particulares que se encuentra inscrita con el n.º 348/2012 de la sección 2.^a del Instituto Nacional de Consumo en el Registro Estatal de Empresas que, sin tener la condición de entidades de crédito, llevan a cabo actividades de contratación de préstamos, créditos hipotecarios o de intermediación. III.–Por otra parte, la que suscribe, R. M. F. concedió D.^a B. E. B. y D.^a L. J. M. E. un préstamo de 14.000 euros, con la intermediación de BEP Corporación Financiera, S.L. A tal fin, solicitaron información a BEP Corporación Financiera S.L. y una vez analizadas las necesidades de financiación de los mismos, así como su situación financiera, en base a la información que los propios clientes le suministraron, BEP Corporación Financiera S.L. les proporcionó 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, firmada y adjuntada a la escritura, 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 - 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 *on line* - Importe total a reembolsar Asimismo, en el último párrafo de la ficha FIPER, los prestatarios reconocen haber recibido copia de la misma, así como desglose informativo estimativo, de los gastos totales que conllevaría la firma de préstamo hipotecario solicitado. IV.–Una vez analizada la información facilitada por Bep Corporación Financiera S.L. siendo voluntad de los prestatarios contratar el referido préstamo con la que suscribe 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. 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 a fin de 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. V.–En virtud de los servicios de intermediación prestados por Bep Corporación Financiera S.L., las partes otorgaron escritura de préstamo con garantía hipotecaria. El importe del préstamo lo fue por la cantidad de 14.000 €, que la prestamista puso íntegramente a disposición de la parte prestataria. Segundo.–Presentado el título calificado ante el Registrador (sic) de la Propiedad de Alcázar de San Juan, se deniega inscripción por los siguientes defectos apreciados por en la Nota de calificación: 1.º–«Carácter abusivo del interés ordinal pactado».–Previo.–La Nota de calificación señala que «estamos ante un supuesto idéntico al resuelto por la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de julio de 2015», y por tanto trata de apoyar la argumentación, -un tanto confusa-, que desarrolla seguidamente, en el contenido de la misma. La Resolución de la DGRN, a la que alude, concluye que, en consecuencia, 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 FD quinto y sexto, y estimar y revocar la nota del registrador en cuanto al resto. Probablemente el hecho de que se utilice la fórmula de desestimar parte, y estimar el resto, en lugar de una estimación parcial, haya llevado a equívoco al Registrador, por cuanto no se entiende que calificando de acuerdo al contenido Resolución de la DGRN, llegue a una conclusión diametralmente opuesta, obligando a la recurrente a tener que formular Recurso en relación a esta cuestión. A.–Falta

de motivación suficiente de la nota de calificación recurrida.—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. Sin entrar a valorar el contenido del 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, a pesar de que se quiera forzar la interpretación de la Ley, lo cierto es que la Nota de calificación considera el interés remuneratorio abusivo pero sin concretar el motivo, más allá que reproducir párrafos de la ya referida Resolución de la DGRN. A este respecto, la nota adolece de motivación suficiente, porque no basta con la mera cita de unos argumentos utilizados con un sentido distinto de su inicial concepción. No se dice, no se argumenta, ni se menciona la causa o motivo de que el interés remuneratorio se considere abusivo. La AP de A Coruña (Sección 3.ª) 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 que es o no interés normal. La nota de calificación, ni siquiera fundamenta el criterio por los que los considera abusivos. La Dirección General de Registros y Notariado (vinculante para notarios y registradores en cuanto superior jerárquico) considera que es preciso exponer en la calificación, como acto emanado de la Administración pública, cual 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 solo 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, como decimos, a la reproducción sin sistemática alguna de unos párrafos de una resolución con un sentido distinto, sin detenerse a fundamentar el porqué de su aplicación y su interpretación para el caso concreto que nos ocupa. B.—En cuanto al interés remuneratorio pactado.—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 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, 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 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 11.ª) 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, si 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 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 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 aquel 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 podrán llegar ser declarados como usurarios, pero solo 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 5.ª) 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 3.ª) 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 5.ª) 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 14.ª) núm. 92/2013 de 13 febrero JUR/2013/110828; SAP de Asturias (Sección 7.ª) núm. 261/2013 de 10 junio JUR/2013/245139; SAP de Valencia (Sección 11.ª) núm. 43/2013 de 30 enero JUR/2013/155138; STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) Sentencia núm. 406/2012 de 18 junio RJ/2012/8857). La reciente STS 4810/2015, cuyas circunstancias especiales nada tienen que ver con el presente supuesto –«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»- redundaba en lo anterior, puesto que alude a que: «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.» En este supuesto, es claro que la información previa que recibe el prestatario es clara, sin términos complejos, sin referencias a cláusulas suelo, ni redondeos ni otro tipo de condiciones que dificulten el normal entendimiento ni de sus consecuencias económicas.(así se expresa la citada Resolución de la DGRN de

veintidós de julio de 2015 en un asunto idéntico). 2.º—Abusividad de la cláusula relativa a la retención de dos cuotas mensuales de intereses. La Nota de Calificación considera abusiva la retención de dos cuotas mensuales de intereses (349,77 euros), a tal fin alude nuevamente a la Resolución de la DGRN de 22 de julio de 2015. La admisibilidad de dicha cláusula, dice la citada resolución plantea «serias dudas», añadiendo que no se fundamenta la finalidad de dicha retención, ni la información sobre la misma. A este respecto, la escritura calificada establece en la estipulación primera, apartado A que las dos cuotas retenidas se reintegraran «una vez comprobado por la parte prestamista que no existen devoluciones en la gestión bancaria de los recibos domiciliados de las cuotas. La ficha FIPER, en la página primera igualmente lo contempla, lo cual, parece claro cuál es su finalidad. No obstante lo anterior, la consecuencia de dicha nulidad, si es que se estima, no puede ser otra que «tenerse por no puesta» tal y como indica la aludida Resolución de 22 de julio de 2015, pero no como parece desprenderse de la nota la calificación, la negativa de la inscripción de la hipoteca. Por lo expuesto, Solicito al registrador de la Propiedad de Alcázar de San Juan N° 2 tenga por presentado este escrito con la documentación que establece el artículo 327 de la ley hipotecaria».

IV

La registradora emitió informe el día 5 de abril 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) n.º 1093/2010; 1, 2, 5 a 9, 22 y 23 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación; 3, 4, 80 y 82 a 90 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; 1, 5, 12 a 18 y 19 a 22 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito; 22 a 26 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; 1 de la Ley de 23 de julio de 1908, 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, 25 de marzo, 22 de abril y 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero y 3 de junio de 2016, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de febrero de 2005 y 28 de febrero y 5, 17 y 18 de marzo de 2008, en cuanto al ámbito objetivo del recurso, de 1 de octubre de 2010, 18 de enero y 8 de junio de 2011, 23 de enero, 16 y 27 de febrero, 20 y 28 de junio y 18, 26 y 27 de julio de 2012, 2 de enero, 2 de marzo 1 de junio, 1 y 11 de julio y 6 y 13 de septiembre de 2013 y 5 de febrero de 2014, respecto a información a los consumidores en la contratación de créditos hipotecarios, de 13 de septiembre y 18 de noviembre de 2013, 5 de febrero y 3, 6 y 9 de octubre de 2014, 28 de abril y 25 de septiembre de 2015 y 9 de marzo de 2016, 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 y 7 de abril de 2016, 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, 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 MEHA 2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

La sociedad intermediaria es quien ha entregado una parte del importe del préstamo (7.660,23 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 que no son objeto de reproche alguno por la registradora calificante, excepto 349,77 euros que se corresponden con dos mensualidades de intereses, que retiene la intermediaria «BEP Corporación Financiera, S.L.», y que se dice que devolverá al vencimiento del préstamo («una vez comprobado que no han existido devoluciones en la gestión bancaria de los recibos domiciliados correspondientes al cobro de las cuotas mensuales del préstamo hipotecario»). El interés ordinario pactado es el fijo durante toda la vida del préstamo del 14,99%.

La registradora de la Propiedad apunta en su nota dos defectos en la escritura de constitución de hipoteca: el primero, que se refiere a que el tipo de los intereses ordinario del 14,99% anual es abusivo en cuanto que ese interés ordinario es superior al interés moratorio pactado que es de «tres veces el interés legal del dinero», en el momento de la firma de la escritura del 10,50%. El segundo defecto se refiere a que la retención de la cantidad de 349,77 euros del capital concedido, cantidad equivalente a dos mensualidades de intereses (pero que constituye realmente capital), unido a la aplicación a tal cantidad del citado interés fijo del 14,99% anual, que se cobra no obstante no existir entrega de dicha cantidad hasta el término de la operación, constituye una cláusula abusiva por no existir razón y proporcionalidad en tal retención.

En su argumentación señala la registradora que el supuesto es idéntico al contemplado en la Resolución de 30 de julio de 2105, cuyo contenido y defectos confirmados por esta Dirección General reproduce, no incluyendo aquellos otros defectos alegados en la nota de calificación recurrida que la citada resolución consideró como no existentes y respecto de los cuales estimó el recurso. Por ello, siendo efectivamente dicho supuesto idéntico, incluso en cuanto al modelo de préstamo hipotecario y a la entidad intermediaria interviniente (igual que los de las Resoluciones de 30 de marzo de 2015 y 7 de abril de 2016), entiende este Centro Directivo que deben rechazarse los motivos alegados por la parte recurrente relativos a la falta de claridad de la nota de calificación en cuanto al contenido concreto de los defectos impeditivos de la inscripción (como resulta de lo señalado en el párrafo anterior y del propio argumentario del recurrente), y en cuanto a la falta de fundamentación jurídica de la misma.

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

2. Antes de examinar los defectos señalados en la nota de calificación, y aunque no se pone en duda por la acreedora recurrente, conviene examinar la cuestión relativa a la aplicabilidad al supuesto de hecho del Real Decreto Legislativo 1/2007, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, 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 la registradora en la nota de calificación recurrida, ya que efectuada la consulta del Servicio de Interconexión de los Registros de la Propiedad no resulta que la misma sea titular de otras hipotecas. Debe recordarse a estos efectos que, como ya se señaló en las Resoluciones de 28 de abril y 22 de julio de 2015 y 7 de abril de 2016, «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 prestamista sea una empresa o profesional, 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».

No concurriendo en este caso el carácter de profesional en el prestamista, queda por determinar si esta normativa de protección de los consumidores es también aplicable cuando no teniendo el prestamista la condición de 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-, concurre, sin embargo, 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 la registradora 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 insuficiente 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 (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) referidas al préstamo o crédito hipotecario ofrecido y aceptado, solo 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 caso, 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 por el que se prueba 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.» (circunstancia ésta que puesta de manifiesto por la registradora calificante no ha sido contradicha en el recurso); 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.

Sobre esta premisa de la aplicabilidad de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y, por tanto, de operatividad del control registral del carácter abusivo de las cláusulas de los préstamos hipotecarios, se analiza el alcance de los defectos señalados en su nota por la registradora de la Propiedad.

3. Respecto al primer defecto, es decir, que el tipo de interés ordinario del 14,99% anual es abusivo por cuanto, en este supuesto concreto, ese interés ordinario es superior al interés moratorio pactado que es de «tres veces el interés legal del dinero vigente en el momento del devengo del mismo», en el momento de la firma de la escritura del 10,50%, y excede, en consecuencia, de la función remuneratoria que le es propia; procede reiterar, una vez más, la doctrina sentada en las Resoluciones de esta Dirección General de 30 de marzo y 22 de julio de 2015 y 7 de abril de 2016 a cuya fundamentación jurídica en extenso se remite la presente.

Esa doctrina, que sigue la jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr. Sentencias de 18 de junio de 2012, 9 de mayo de 2013, 8 de septiembre de 2014, 25 de marzo y 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016), y que reproduce la registradora de la Propiedad en su nota de calificación, señala, en primer lugar, que el interés ordinario o remuneratorio constituye un elemento delimitador del objeto principal del préstamo hipotecario oneroso ya que determina la cuantía de la contraprestación del préstamo y, por tanto, queda, en principio, 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.

Así, el Tribunal Supremo español, 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; expone que los intereses remuneratorios «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».

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 ya señalaron las citadas resoluciones, 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, por la citada Ley de 23 de julio de 1908 de Represión de la Usura, la cual prohíbe los denominados préstamos usurarios, cuyo control es de exclusiva competencia judicial. Y, en segundo lugar, pueden existir también supuestos especiales de limitación objetiva de la cuantía de los intereses ordinarios, por ejemplo 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 debe calcularse partiendo de los intereses ordinarios previamente pactados o de su asimilado el interés legal del dinero. Así, entre las distintas

determinaciones legales acerca de los intereses moratorios caben citar la limitación del artículo 4 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, que fija el interés moratorio en dos puntos por encima de los intereses remuneratorios pactados; o la del artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que fija el interés de la mora procesal en el interés legal del dinero más dos puntos; o la del artículo 20 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, que fija el interés moratorio de los descubiertos en cuenta corriente en 2,5 veces el interés legal del dinero; o, finalmente, la del citado del artículo 114, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria que para el préstamo destinado a la adquisición de la vivienda habitual la fija en tres veces el interés legal del dinero.

En este mismo sentido se han manifestado las recientes Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril y 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero y 3 de junio de 2016 que fijan como doctrina jurisprudencial que en los contratos de préstamo con o 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 caso de nulidad de la cláusula de intereses moratorios «la nulidad solo afectará al exceso respecto de los intereses remuneratorios pactados».

Por tanto, al haberse pactado un interés remuneratorio notablemente superior al moratorio convenido vigente en el momento de la contratación, respecto de este defecto debe confirmarse la nota de la registradora. Y ello porque, frente a lo que afirma el recurrente, sí se fundamentó adecuadamente la apreciación de la abusividad de los intereses ordinarios ya que se hizo por referencia a esos intereses moratorios pactados que, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, es lo ajustado a Derecho. No puede admitirse, por tanto, la argumentación en contrario del acreedor, que se funda, por un lado, en la falta de motivación del defecto por ausencia de referencia al interés ordinario normal del mercado en el momento del otorgamiento, y, por otro lado, en que tal apreciación excede de la calificación registral; porque como queda expuesto la fundamentación de la nota de calificación ha sido otra.

4. En cuanto al segundo defecto de la nota de calificación, el carácter abusivo de la cláusula de retención por parte del acreedor, a través de la entidad intermediadora, de la cantidad de 349,77 euros del capital concedido, cantidad equivalente a dos mensualidades de intereses, a la que se aplica el citado interés fijo del 14,99 % anual y se cobra al cliente, no obstante no existir entrega efectiva de dicha cantidad hasta el término de la operación; debe ser igualmente confirmado por no concurrir razón justificativa ni proporcionalidad en la misma, lo que supone un desequilibrio en perjuicio del prestatario (cfr. artículo 87 Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios).

Se reitera a este respecto que este tipo de estipulaciones, que no afectan al objeto principal del contrato, pueden ser objeto de control registral de abusividad en dos supuestos concretos (cfr. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado 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.

Es indudable que la retención de «dos meses de intereses (en este caso 349,77 euros) para ser reintegrados a la cancelación del préstamo, es decir, a los cinco años», tal como está estructurado en el oferta vinculante y en la escritura de hipoteca, no puede ser admitida 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, del primer al último día del préstamo, como si se hubiera realmente entregado. Es decir, frente a lo que afirma la parte acreedora recurrente, el importe del préstamo no se puso íntegramente a disposición de la parte prestataria en el momento de la constitución de la hipoteca, aunque los intereses se pretender cobrar como si así hubiera ocurrido.

Por otra parte, 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, como ya se ha indicado, 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.

No son óbice a esta conclusión las razones de la parte recurrente referidas a que la ficha FIPER en su página primera contempla tal retención (se limita a enunciarla) y a que la escritura calificada establece en la estipulación primera, en su apartado A, que las dos cuotas retenidas se reintegraran «una vez comprobado por la parte prestamista que no existen devoluciones en la gestión bancaria de los recibos domiciliados de las cuotas», porque no constituyen una causa adecuada de la retención ya que tal comprobación queda pospuesta al cargo de la última cuota al vencimiento final del préstamo y tampoco justifica que se devenguen intereses por una cantidad no entregada que, además, tal como está configurada la operación, incluso se incluye para su pago en la cuota final a pesar de dicha circunstancia y se garantiza indebidamente con la hipoteca.

5. Por último, la indicación del recurrente acerca de que la registradora debió inscribir la hipoteca limitándose a no reflejar en el asiento dicha cláusula, tampoco puede ser admitida porque al tratarse de una cláusula contractual nula por abusiva (igual que la cláusula relativa a los intereses ordinarios) que determina la cantidad exigible en la ejecución por referirse al dinero efectivamente entregado (artículos 561.1.3ª y 695.1.4ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y dado, además, que el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados solo podrá ejercitarse sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo (artículo 130 de la Ley Hipotecaria); la ineficacia registral de las mismas o inscripción parcial de la hipoteca, en cuanto que tales cláusulas afectan a la responsabilidad hipotecaria (parte del capital y los intereses ordinarios íntegros) que, a su vez, constituye un elemento esencial delimitador del derecho real de hipoteca, precisa la solicitud expresa de los interesados conforme a lo establecido en los artículos 19 bis y 322 de la Ley Hipotecaria.

Así, de acuerdo con la vigente doctrina de este Centro Directivo en materia de inscripción parcial, no cabe la inscripción de un documento si el pacto o estipulación rechazados afecta a la esencialidad del contrato o negocio cuya inscripción se pretende, como, por ejemplo, en esta materia de hipotecas: la escritura de hipoteca en garantía de un préstamo destinado a la adquisición de la vivienda habitual del prestatario si la cláusula de intereses moratorios o la de su responsabilidad hipotecaria excede de los límites impuestos en el apartado 3 del artículo 114 de la Ley Hipotecaria (Resoluciones 18 de noviembre de 2013 y 21 de enero de 2015); la escritura de hipoteca en que no se pueden inscribir los pactos de ejecución judicial directa y venta extrajudicial por no aportarse el certificado de tasación (Resoluciones de 18 de febrero y 12 de septiembre de 2014); la escritura de hipoteca en que no se pueden inscribir varias causas de vencimiento anticipado y el acreedor excluye su consentimiento para la inscripción parcial sin las

mismas (Resoluciones de 3 de octubre de 2014 y 30 de marzo de 2015); la escritura de ampliación de capital del préstamo por encima de la cantidad amortizada, existiendo cargas intermedias, como segunda hipoteca (Resolución 14 de mayo de 2015).

Concretamente la citada Resolución de 18 de noviembre de 2013 dispone al respecto que: «siendo la ejecución de la hipoteca un procedimiento de naturaleza esencialmente registral, ya desde el mismo momento de la inscripción de la hipoteca debe quedar claro en qué términos se podrá, si llega el caso, ejecutar (artículo 130 de la Ley Hipotecaria)» y, por tanto, «es en el título ejecutivo mismo donde se deberá proceder a un ajuste al contenido imperativo de la norma, respetando la prohibición de exceder los límites de intereses de demora impuesta en el reiterado apartado 3 del artículo 114 de la Ley Hipotecaria». Y, por su parte, la Resolución de 14 de mayo de 2015 señala que: «Por último, acerca de la posibilidad de practicar la registradora una inscripción parcial, en el sentido de inscribir de oficio la ampliación de hipoteca, que se ha solicitada se inscriba con carácter unitario con la hipoteca inscrita, como una segunda hipoteca independiente, modificando, a su vez, la primera en cuanto a sus condiciones financieras; no se considera posible si no es expresamente solicitada tal operación por el interesado, ya que la rogación acerca de la inscripción en este caso es única (cfr. Resolución de 7 de noviembre de 2012), y a que el incumplimiento de un requisito legal necesario para que la inscripción se pueda practicar en los términos solicitados por el presentante, cuando el mismo constituye un elemento delimitador esencial del derecho real de hipoteca o de su operatividad, como es en este caso el rango, hace precisa una solicitud expresa de inscripción en los distintos términos que sea posible».

El hecho, en materia de abusividad de las cláusulas de los préstamos hipotecarios que ahora no ocupa, de que una cláusula nula por abusiva se tenga por no puesta y no pueda ser objeto de integración ni siquiera por el juez; que un contrato de préstamo a priori, pese a su carácter oneroso, pudiera seguir siendo válido en los mismos términos, pero sin devengar interés alguno de carácter remuneratorio (como ocurriría en este supuesto con los intereses ordinarios abusivos) y, claro está, sin poderse reclamar el pago de las cantidades no entregadas (como ocurría en este supuesto respecto de la indicada cifra retenida; y que tales consecuencias impongan coactivamente al predisponente unas nuevas condiciones del préstamo, aunque no hubiese querido contratar sin la cláusula abusiva; debe ser matizado en presencia del derecho real de hipoteca.

Así, la circunstancia de que la inscripción de la hipoteca tenga carácter constitutivo, lo que genera normalmente que la efectividad del préstamo o crédito queden condicionados a esa inscripción (entrega del dinero, disposición del mismo, condición suspensiva o resolutoria del contrato, etc.), y que lo que realmente se inscriba sea dicho derecho real de hipoteca que está configurado, primordialmente, por los distintos conceptos de la responsabilidad hipotecaria que lo integran, representando la obligación garantizada solamente un elemento delimitador de los mismos, provoca importantes consecuencias, cuando dichas cláusulas delimitadoras resultan contrarias a una norma imperativa o prohibitiva, o bien abusivas en términos tales que el registrador de la Propiedad pueda apreciar esta circunstancia por tener un carácter objetivo que no necesite de ponderación.

Una primera consecuencia supone la imposibilidad de inscribir una hipoteca o, en su caso, una parte de su responsabilidad hipotecaria, sin una obligación válida garantizada que le sirva de soporte porque, de conformidad con los artículos 1876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria, la hipoteca es un derecho real que sujeta los bienes sobre los que se impone al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida respecto de la que tiene carácter accesorio.

Y, la segunda consecuencia, en lo que ahora interesa, radica en que el proceso de contratación del préstamo hipotecario no concluye hasta la inscripción, siendo posible hasta ese momento, resolver o no llegar a perfeccionarse el contrato, según se hubiera pactado, en el caso de que la hipoteca no pudiera llegar a inscribirse o el rango ofrecido por el prestatario sea contradicho por la situación registral de las fincas. Del mismo modo el contenido concreto del contrato de préstamo hasta el momento de su inscripción podrá alterarse mediante la subsanación de aquellos errores cometidos en el otorgamiento que

impidan su inscripción y sean puestos de manifiesto por el registrador en su nota de calificación. Y también podrá modificarse el contrato, en favor del consumidor, mediante la adaptación de sus cláusulas a la legalidad sustantiva igualmente puesta de manifiesto por la calificación registral, ya que el registro de la propiedad es una institución al servicio de la seguridad jurídica preventiva (cfr. artículo 9.3 de la Constitución) que, como tal, actúa ex ante, evitando litigios y situaciones de conflicto con el carácter preventivo y cautelar propio de su naturaleza, y en el campo del que ahora se trata de protección del consumidor, actúa mediante la exclusión de la cláusula abusiva del contrato antes que pueda haber comenzado a desplegar sus efectos sobre el prestatario.

Ello no supone, en ningún caso una integración registral del contenido abusivo del contrato de préstamo hipotecario, vedada también al registrador por la legislación hipotecaria (Resoluciones de 16 y 17 de diciembre de 1996), sino una circunstancia más del proceso de contratación que deriva de la operativa del principio de efectividad de la protección de los consumidores dentro del ámbito de la seguridad jurídica preventiva, y de las exigencias del principio de determinación registral cuando se vea afectada la responsabilidad hipotecaria.

Es precisamente esa imposibilidad del registrador de alterar por sí mismo el contenido de la responsabilidad hipotecaria pactada, adaptándola a la normativa o jurisprudencia aplicables, la que motiva, salvo aquellos supuestos en que la exclusión automática de un concepto de la misma tenga un carácter indubitado, que deban ser las partes de consuno las que finalmente determinen el verdadero alcance de lo quieren inscribir. En concreto, en el supuesto objeto del presente recurso, esa exclusión automática de una parte de la responsabilidad hipotecaria podría ser predicable respecto de los intereses ordinarios, ya que su abusividad pudiera hacerlos nulos en su integridad «ope legis», salvo el consentimiento expreso e informado del prestatario. Pero debe rechazarse respecto de la responsabilidad hipotecaria que garantiza el principal ya que, primero, la causa de abusividad no afecta a todo el capital prestado y, segundo, porque de extender sus efectos a la totalidad del principal (no obligación de devolver lo efectivamente entregado), se estaría yendo contra la propia esencia del contrato de préstamo (artículo 1740 del Código Civil) y la hipoteca quedaría sin contenido al carecer de obligación principal que asegurar.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar íntegramente la nota de la registradora.

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