

ABUSIVIDAD DE LOS INTERESES REMUNERATORIOS SUPERIORES A LOS MORATORIOS. CONTROL POR EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

José Ignacio Atienza López

Letrado del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 41 de Madrid

EXTRACTO

El presente caso práctico trata de ofrecer al lector un panorama lo más completo posible sobre la problemática actual acerca de la naturaleza abusiva o no de las cláusulas sobre intereses remuneratorios en relación directa con las cláusulas de los intereses moratorios, y todo ello en el marco de los préstamos hipotecarios.

Para ello se elabora una síntesis de los principales argumentos que nuestra jurisprudencia de todo tipo de órganos ha ido conformando, tanto a favor como en contra de esa declaración de abusividad. Es cuestionable que el registrador de la propiedad pueda ser un operador jurídico válido para establecer esa calificación de abusivas de las citadas cláusulas al margen del poder judicial. Valoración adecuada de tal posible extralimitación. Necesidad de apreciar cuándo estamos ante un prestamista persona física o persona jurídica.

Palabras claves: préstamo hipotecario, cláusulas abusivas, intereses remuneratorios, intereses moratorios y registrador de la propiedad.

Fecha de entrada: 17-07-2016 / Fecha de aceptación: 29-07-2016

ENUNCIADO

Nos encontramos ante una escritura de préstamo hipotecario en la que el prestamista es una persona física que manifiesta no dedicarse profesionalmente a la concesión de créditos y los prestatarios son dos personas físicas, una de las cuales hipoteca una vivienda de su propiedad manifestando que no constituye su domicilio habitual; en la que ha intervenido una entidad denominada BBB 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. 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. Se ha dado cumplimiento al proceso de contratación y a los requisitos de información regulados en la Orden EHA 2899/2011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

La sociedad intermediaria es quien ha entregado una parte del importe del préstamo (30.050,66 €) a los prestatarios, y el resto ha sido retenido por la misma para aplicarlo a diversas finalidades que constan debidamente especificadas en la escritura y son: a) 400 euros correspondientes a la comisión de apertura; b) 994,34 euros que se corresponden con dos mensualidades de intereses, que retiene la intermediaria BBB y que devolverá dentro de cinco años al vencimiento del préstamo; c) 2.550 euros que serán destinados al pago de la formalización de la escritura y de cancelación de cargas anteriores (notaría, registro, gestoría y otros), y d) 6.000 euros que se destinarán al pago de la intermediación financiera de BBB. Tales retenciones constan también debidamente especificadas en la ficha de información personalizada y en la oferta vinculante, incluido el concepto de qué debe entenderse por otros gastos (tasación, impuestos, asistencia profesional a la firma, consultas bases de morosidad e información registral). Pues bien, en estas circunstancias, y una vez presentada la escritura de este préstamo ante el Registro de la Propiedad, por el registrador se emite nota de calificación negativa.

La nota de calificación negativa apuntada tiene dos motivos básicamente: el primero de los cuales se refiere a que la retención del capital concedido de cantidades cercanas al 25 % del principal y que no recibe la parte prestataria, unido a la aplicación a tales cantidades de un interés fijo del 14,99 % anual, lo que implicaría un importe de 7.415,80 euros cobrados de más, constituye una cláusula abusiva. Y el segundo aspecto se refiere a que el montante de los intereses a reembolsar, resultante de la aplicación del citado 14,99 % anual, asciende en total a 30.105,12 euros, lo que encontrándose el euríbor en el momento del otorgamiento de la escritura en una cantidad inferior al 1 %, constituye la aplicación de un interés abusivo en la opinión del registrador.

¿Cabe este control de abusividad por parte del registrador de la propiedad? ¿Deben entenderse abusivos los contenidos de este clausulado? Examinemos los argumentos posibles en contra y a favor a través de la jurisprudencia reciente.

Cuestiones planteadas:

- a) Argumentos jurídicos contra la declaración de abusividad; y la nota negativa del registrador. Jurisprudencia en la materia.
- b) Argumentos jurídicos a favor de la declaración de abusividad; y la nota negativa del registrador. Jurisprudencia en la materia.

SOLUCIÓN

A) Argumentos jurídicos contra la declaración de abusividad; y la nota negativa del registrador. Jurisprudencia en la materia

A la hora de tratar de contestar a estas cuestiones referidas a si los intereses remuneratorios que la nota considera abusivos realmente lo son, y a la cuestión de si concurre una extralimitación del registrador en el caso concreto, ha de partirse de unas determinadas premisas; el presente contrato de préstamo se celebró entre dos particulares, el prestamista y el prestatario, con la intervención de una intermediadora financiera cuyos datos constan en la escritura de préstamo. El artículo 4 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) y otras leyes complementarias, establece el concepto de empresario, señalando que «a efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión».

El artículo 3 del referido cuerpo legal define el concepto general de consumidor y de usuario: «A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión». Por mucho que se quiera forzar la interpretación de la ley, lo cierto es que en este supuesto, la parte prestamista no tiene la condición de empresario a los efectos de lo dispuesto en el artículo 4 del citado Real Decreto Legislativo 1/2007. Consta en la escritura calificada, sin que la concesión del préstamo tenga un «propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión», como se-

ñala el TRLGDCU y otras leyes complementarias. Por su parte, la Directiva 93/13/CEE define al consumidor y al profesional en el artículo 3 en los siguientes términos: «A efectos de la presente Directiva se entenderá por: "consumidor" toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional; c) "profesional": toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada». Por tanto, el registrador, lleva a cabo una labor que excede la propia de su cargo, por cuanto trata de aplicar la legislación de consumidores y usuarios a un préstamo entre dos particulares, sin que conste que la parte prestataria sea empresaria a los efectos de la LGDCU.

Independientemente del anterior motivo, debemos en el presente argumentar el rechazo a los fundamentos del registrador recogidos en la nota. Señala la nota que el interés remuneratorio pactado los es abusivo en comparativa con el euríbor. Como declara reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (vinculante para notarios y registradores en cuanto superior jerárquico) es preciso exponer en la calificación, como acto emanado de la Administración pública, cuál es la razón por la que la resolución invocada es de aplicación, y cuál es la interpretación que de la misma efectúa el funcionario calificador, ya que 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. En cuanto al interés remuneratorio pactado, la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 3.ª) Sentencia núm. 487/2012, de 11 octubre, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, mantiene que los intereses remuneratorios deben valorarse si son notablemente superiores al normal del dinero utilizando un término de comparación que permita discernir qué es o no interés normal. La nota de calificación ni siquiera fundamenta el criterio por el que los considera muy superiores a los de mercado, y por tanto, según su razonamiento, abusivos.

No obstante lo anterior, lo cierto es que el interés remuneratorio es un elemento esencial del contrato de préstamo. No es discutido si el control registral de contenido puede referirse a los elementos esenciales del contrato, básicamente, al precio. Dispone el artículo 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), artículos 1.255, 1.291, 1.293 del CC donde se deduce que no cabe control de contenido sobre el precio. Así lo ha entendido también el Tribunal Supremo (SSTS de 18 de junio de 2012 y 9 de mayo de 2013). En concreto, el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) Sentencia núm. 406/2012, de 18 junio, niega la posibilidad de efectuar un control de abusividad respecto a los intereses remunera-

torios, por constituir un elemento esencial del contrato y estar vedado por la Directiva 93/13/CEE, sin perjuicio de la posibilidad de someterlos al control de transparencia y, en su caso, a la LRU; y en el mismo sentido STS 9 de mayo de 2013. La reciente Sentencia 21/2014, de 30 de septiembre de 2014, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife interpreta, en el mismo sentido anterior, y señala que no cabe referir el carácter abusivo a lo que es objeto principal del contrato como es el interés remuneratorio, al integrar la remuneración por el capital que se presta. De la misma forma se pronuncian la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13.^a), Sentencia núm. 180/2013, de 26 de marzo, Sentencia núm. 69/2013, de 14 de febrero; o la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9.^a), Sentencia núm. 381/2013, de 17 de septiembre.

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 Audiencia Provincial de Valencia (Sección 11.^a), Sentencia núm. 43/2013, de 30 de enero, nuevamente reitera la imposibilidad de calificar como abusivo el interés remuneratorio por constituir un elemento esencial del contrato y responder al principio de libertad de precios, cuyo límite y control se ejerce por la LRU. En consecuencia, no cabe control de contenido (y por tanto, no es posible analizar si es o no abusiva) sobre la cláusula que fija el interés retributivo en un préstamo. Aunque según la jurisprudencia citada las cláusulas que versan sobre elementos esenciales del contrato no están sometidas al control de contenido, sí quedan sujetas al control de transparencia.

La importante STS de 9 de mayo de 2013 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 Tribunal Supremo, 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 artículo 22 conforme el modelo recogido en el Anexo II de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que se adjuntó a la escritura de préstamo con garantía hipotecaria cuya inscripción se deniega. En la referida ficha, entregada y firmada con la antelación legalmente establecida, consta toda la información que debe ser entregada a los clientes de préstamos hipotecarios de acuerdo con la referida orden ministerial que tiene por objeto garantizar el adecuado nivel de protección de los clientes de entidades de crédito, mediante la implantación de medidas de transparencia en la prestación de servicios financieros bancarios, constando en el apartado 2 de la ficha, relativo a las características del préstamo lo siguiente: 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*. - Se efectúa retención igual al importe de 2 cuotas mensuales, que será reintegrada a la cancelación del préstamo. - Importe total a reembolsar. Lo dicho no implica que nuestro derecho admita cualquier tipo de interés retributivo en los préstamos, aunque sean muy elevados.

La Ley de 23 de julio de 1908, de Represión de la Usura (LRU), 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 LGDCU de 1984 cuando se sustituyó la expresión amplia «justo equilibrio de las contraprestaciones» por «desequilibrio importante de los derechos y obligaciones», desplazándose el control desde el desequilibrio económico al desequilibrio jurídico, por lo que puede afirmarse que no se da un control de precios ni del equilibrio de las prestaciones propiamente dicho. Afirma que no hay un interés «conceptualmente abusivo», sino que en todo caso, podrá haber un interés usurario cuando se den los requisitos precisos. A la vista de todo lo estudiado, queda claro que el vehículo adecuado para controlar el interés excesivo de un préstamo no es el control de cláusulas abusivas, por muy alto (abusivo) que pueda llegar a parecerle al registrador en su nota. Como precio de un contrato, no puede ser controlado por los tribunales, pues en nuestro ordenamiento es una pieza fundamental la libertad de precios. Los intereses remuneratorios excesivos podrían llegar a ser declarados como usurarios, pero 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 1.255 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 Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5.ª) Sentencia núm. 411/2012, de 26 de julio, 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 Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.ª), Sentencia núm. 149/2013, de 16 de abril, rechaza de plano que el contrato pueda ser declarado usurario ya que no se acredita ni alega en la demanda ninguna circunstancia del artículo 1 de la LRU (interés notablemente superior al

del dinero y situación angustiosa, inexperiencia o limitación de facultades mentales). La Audiencia Provincial de Murcia (Sección 5.^a), en Sentencia núm. 370/2013, de 22 de octubre, 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. Ramona 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 Tribunal Supremo ha declarado (STS 7 de julio de 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 el 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; SAP de Asturias (Sección 7.^a) núm. 261/2013, de 10 junio; SAP de Valencia (Sección 11.^a) núm. 43/2013, de 30 enero; STS (Sala de lo Civil, Sección 1.^a) Sentencia núm. 406/2012, de 18 junio). La nota registral hace referencia, de forma parcial, a la STS 4810/2015, sin entrar a argumentar las circunstancias especiales del supuesto enjuiciado, que recordemos consiste (sic): «en un contrato de crédito que le permitía hacer disposiciones mediante llamadas telefónicas o mediante el uso de una tarjeta expedida por Banco Sygma, hasta un límite de 500.000 pesetas (3.005,06 euros)", límite que, según se decía en el contrato, "podrá ser modificado por Banco Sygma Hispania". El tipo de interés remuneratorio fijado en el contrato era del 24,6% TAE, y el interés de demora, el resultante de incrementar el interés remuneratorio en 4,5 puntos porcentuales». Resulta evidente las sustanciales diferencias entre el caso enjuiciado por el Tribunal Supremo y el presente supuesto, aunque la nota lo trate de equiparar de alguna forma.

En este sentido, la Sentencia 4810/2015 del Tribunal Supremo reafirma lo ya dicho en párrafos precedentes: «Mientras que el interés de demora fijado en una cláusula no negociada en un contrato concertado con un consumidor puede ser objeto de control de contenido y ser declarado abusivo si supone una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones, como declaramos en las sentencias núm. 265/2015, de 22 de abril, y 469/2015, de 8 de septiembre, la normativa sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores no permite el control del carácter "abusivo" del tipo de interés remuneratorio en tanto que la cláusula en que se establece tal interés regula un elemento esencial del contrato, como es el precio del servicio, siempre que cumpla el requisito de transparencia, que es fundamental para asegurar, en primer lugar, que la prestación del consentimiento se ha realizado por el consumidor con pleno conocimiento de la carga onerosa que la concertación de la operación de crédito le supone y, en segundo lugar, que ha podido comparar las distintas ofertas de las entidades de crédito para elegir, entre ellas, la que le resulta más favorable». De la misma forma, la sentencia recuerda que el interés con el que ha de realizarse la comparación no es con el interés legal del dinero, sino con el interés «normal o habitual, en concurrencia con las circunstancias del caso y la libertad existente en esta materia» (sentencia núm. 869/2001, de 2 de octubre); y por otra parte, para que el préstamo pueda ser considerado usurario es necesario que, además de ser notablemente superior al normal del dinero, el interés estipulado sea «manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso».

B) Argumentos jurídicos a favor de la declaración de abusividad; y la nota negativa del registrador. Jurisprudencia en la materia

Observemos ahora cómo, frente a la contundencia de los argumentos precedentes expuestos, pueden establecerse los contrarios de similar contundencia en relación con el pacto de un interés remuneratorio fijo del 14,99% anual, que el registrador considera abusivo al resultar desequilibrante en perjuicio de deudor en conjunción con los gastos y comisiones retenidas y notablemente superior al normal del mercado. Debe señalarse que, en principio, al constituir el interés ordinario o remuneratorio un elemento esencial del contrato de préstamo hipotecario oneroso, ya que determina la cuantía de la contraprestación del préstamo que es el objeto principal del contrato de préstamo oneroso, queda al margen tanto de la calificación registral como de la ponderación judicial, por corresponder a la iniciativa empresarial la fijación del interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador. El control de los intereses ordinarios queda circunscrito, en consecuencia, al ámbito de las normas de la LRU, de 23 de julio de 1908, que como tal también queda al margen de la calificación registral al exigir su apreciación la ponderación de todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración.

Es cierto que existen ciertas sentencias de Juzgados de Primera Instancia y Mercantiles (sentencias del Juzgado de lo Mercantil número 1 de San Sebastián, de 29 de abril de 2014, del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Valladolid, de 18 de febrero de 2015, y del Juzgado de lo Mercantil número 7 de Barcelona, de 16 de marzo de 2015) que consideran los intereses ordinarios como un elemento accidental del objeto principal que es el préstamo porque según los artículos 1.740 y 1.755 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 (STJUE de 30 de abril –caso «Caja Madrid»– y 3 de junio –caso «Arpad Kásler»– de 2014).

Sin embargo, no es este el criterio del Tribunal Supremo español (Sentencias de 18 de junio de 2012, 9 de mayo de 2013, 8 de septiembre de 2014 y 25 de marzo y 23 de diciembre de 2015), que después de señalar que en nuestro sistema una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal del contrato y que el carácter de condición general de la contratación no excluye el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la re-

gulación 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 LGDCU. Este segundo control tiene por objeto «que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo».

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

En este mismo sentido de negar la posibilidad de entrar a valorar la abusividad de los intereses remuneratorios debido a que responden, en nuestro sistema económico, a los mecanismos del mercado (la oferta y la demanda), siempre que la voluntad del prestatario se haya formado correctamente, se han pronunciado también numerosas sentencias de distintas Audiencias Provinciales como las siguientes: la Sentencia número 487/2012, de 11 de octubre, de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección Tercera); la Sentencia número 21/2014, de 30 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife; la Sentencia número 180/2013, de 26 de marzo, de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Decimotercera); la Sentencia número 381/2013, de 17 de septiembre, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Novena); o la Sentencia número 43/2013, de 30 de enero, de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección Undécima) y, en general la mayoría de las sentencias posteriores a la STS de 9 de mayo de 2013; por lo que este debe ser el criterio a seguir en esta materia.

Excluida, en consecuencia, la calificación registral, como la judicial, sobre la abusividad de la cuantía de un determinado interés remuneratorio por ser definitorio del objeto principal del contrato y sin necesidad de entrar a valorar las circunstancias concurrentes en el momento de suscripción del contrato, lo que sí procede es examinar si en el supuesto objeto del caso 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 que en nuestro Derecho se admita cualquier tipo de interés remuneratorio en los préstamos, aunque sean muy elevados, sino que el mismo se haya limitado, en primer lugar, en la medida que sea aplicable la Ley de 23 de julio de 1908 de Represión de la Usura que prohíbe los denominados préstamos usurarios. Así, el artículo 1 de la LRU 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. SSTs de 7 de marzo de 1998 y 7 de julio de 2002), que hace que no pueda ser calificada por el registrador.

En segundo lugar, pueden existir también supuestos especiales de limitación objetiva de la cuantía de los intereses ordinarios, cuando resulte del propio contrato que los mismos exceden de la función que les es propia, como ocurre en el presente supuesto, en que se pacta un interés ordinario del 14,99% durante toda la vida del contrato y un interés moratorio de «tres veces el interés legal del dinero» (10,50% en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario), ya que por definición el interés ordinario no puede ser superior al interés moratorio en un mismo contrato, y ello aun cuando el interés moratorio que se pacta pudiera ser superior por no tener el préstamo la finalidad de la adquisición de la vivienda habitual y, en consecuencia, no ser aplicable la limitación del artículo 114.3.º de la Ley Hipotecaria.

Es evidente que todo interés de demora –como ya se ha dicho–, por su propia condición de cláusula indemnizatoria o disuasoria, tiene que ser superior al interés ordinario, que tiene una función meramente remuneratoria, y ambos tipos de interés deben guardar en todo caso una cierta proporción, pronunciándose siempre la ley en el sentido de que los intereses de mora deben cal-

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

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

Pues bien, respecto de este tipo de estipulaciones que no afectan al objeto principal del contrato, el registrador puede ejercer un control de abusividad en dos supuestos concretos (Resoluciones de 28 de abril y 25 de septiembre de 2015, entre otras): a) cuando la nulidad por abusividad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, sin que sea necesario que conste inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, ya que tal exigencia infringiría el «principio de efectividad» de la normativa europea de protección de consumidores; siendo, no obstante necesario, a falta de tal inscripción, que la sentencia judicial proceda del Tribunal Supremo, en cuanto fuente complementaria del derecho (art. 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 LGDCU, 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 STS de 13 de septiembre de 2013.

En primer lugar debe decirse a este respecto que es práctica relativamente frecuente en los contratos de préstamo hipotecario que el acreedor retenga ciertas cantidades del préstamo para

el pago precisamente de conceptos relativos a los gastos, comisiones e impuestos que la propia operación genera; por lo que no se puede hacer tacha alguna a esta retención ni a la cuantía de la misma, siempre que los conceptos a que se refiere se encuentren debidamente identificados y guarden relación con las operaciones asociadas al préstamo, siempre que la retención no comprenda gastos por servicios no solicitados por el deudor, que resultarían contrarios a lo dispuesto en el artículo 89.4 de la LGDCU, o gastos que por ley fueran de cargo del acreedor, que serían contrarios al artículo 89.3 de la LGDCU.

Por otra parte, en el presente supuesto no solo se encuentra detallado en el contrato de préstamo, en la propia escritura o en la FIPER y en la oferta vinculante a ella incorporadas, las distintas partidas y las cantidades que integran la retención sino que, además, se faculta expresamente por la parte prestataria a Bep Corporación Financiera, S.L. para suplir, como es habitual, los gastos necesarios para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca y de los títulos previos a la escritura, así como los gastos derivados si los hubiera; lo que podría haber llegado a suponer incluso una retención mayor a la efectivamente realizada si hubiere sido necesario inscribir títulos previos o cancelar cargas y gravámenes inscritos con anterioridad. Asimismo, en el párrafo final del apartado referido a los gastos a cargo de los prestatarios de la oferta vinculante, se hace constar que:

«Todos los gastos derivados de la correcta tramitación e inscripción de la escritura de préstamo hipotecario serán deducidos del importe del préstamo concedido en concepto de provisión de fondos».

Pero es que, además, al encontrarnos en presencia de un contrato de intermediación es aplicable el artículo 20 de la Ley 2/2009, según el cual el empresario que preste dicho servicio deberá informar al consumidor acerca de «todas las comisiones, cargas y gastos, así como todos los impuestos pagados a través de la empresa, o cuando no pueda indicarse un precio exacto, la base de cálculo que permita al consumidor comprobar el precio, y, en su caso, la indicación de que puedan existir otros impuestos o gastos que no se paguen a través de la empresa o que no los facture ella misma. No obstante, en el caso de que estos gastos fueran causados por entidades o personas designadas por la empresa deberá hacerse constar cuáles son y su cuantía», lo que implica un reconocimiento a la legalidad de tales retenciones.

Respecto a la determinación de las cantidades específicas retenidas por cada concepto, solo los gastos de notaría, gestoría, Registro de la Propiedad e Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados carecen de individualización de sus respectivas cuantías (se retiene una cantidad alzada de 2.550 €), pero ello es normal, en cuanto a dichos conceptos, ya que la determinación exacta de las mismas corresponde a operadores independientes, por eso respecto a estos gastos a la cifra retenida se le atribuye la consideración de «provisión de fondos» sujeta, por su propia naturaleza, a devolución en cuanto a la cuantía sobrante, sin que sea necesario pactar expresamente la práctica de una liquidación y la devolución del sobrante al prestatario, como parece exigir el registrador. Únicamente si se hubiera pactado la apropiación por el acreedor de las cantidades sobrantes, se podría haber catalogado la cláusula como objetivamente

abusiva por desequilibrio al amparo del artículo 87 de la LGDCU, ya que no se correspondería a una causa adecuada.

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

En consecuencia, respecto a dichos gastos concretos, el defecto debe ser confirmado por cuanto opera la normativa de consumidores y constituyen cantidades a cargo del acreedor que no pueden ser atribuidas en exclusiva al prestatario. Sin perjuicio, en cuanto a los gastos de constitución, al constituir el préstamo hipotecario una realidad inescindible en que están interesadas tanto el consumidor –en el préstamo–, como el profesional –en la hipoteca–, de la posibilidad de pactar la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral; y, en cuanto a las costas preprocesales y procesales, de la licitud del pacto que subordine su imputación a las determinaciones judiciales del procedimiento.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas:

- Código Civil, arts. 10.1, 1.255, 1.291 y 1.293.
- Ley de Represión de la Usura (LRU), art 1.
- Real Decreto Legislativo 1/2007, art 4.
- Directiva 93/13/CEE, arts. 3 y 4.
- Resoluciones de la DGRN de 28 de abril de 2015 y 25 de septiembre de 2015.
- SSTs de 7 de julio de 2002, 18 de junio de 2012, 9 de mayo de 2013, 22 de abril de 2015, 8 de septiembre de 2015 y 23 de diciembre de 2015.