

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

10476 *Resolución de 3 de septiembre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Roquetas de Mar n.º 1, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.*

En el recurso interpuesto por don José Ignacio Suárez Pinilla, notario de Armilla, contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Roquetas de Mar número 1, don Cristóbal Avilés Hidalgo, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Armilla, don José Ignacio Suárez Pinilla, en fecha 15 de abril de 2015 con el número 452 de protocolo, se formalizó un préstamo hipotecario en el que, en lo que interesa a este expediente, se establecen las siguientes estipulaciones, en la estipulación cuarta: «Comisiones y compensaciones. 4.1. Comisiones.—Las partes acuerdan la aplicación de las siguientes comisiones a cargo del prestatario y en favor de la Entidad: (i) Una comisión de apertura del 0,50 %, calculada sobre el importe total del capital prestado, pagadero por una sola vez mediante el adeudo en cuenta en el momento de formalización del préstamo. (ii) Una comisión del 1,00% por subrogación, con un importe mínimo de ciento cincuenta euros con veinticinco céntimos (150,25 €) calculada sobre el importe del capital del préstamo pendiente de amortizar objeto de subrogación en la garantía personal del deudor, que precisará aceptación expresa o tácita de la Entidad, como consecuencia de la venta de las fincas hipotecadas. Dicha comisión se liquidará y percibirá por la entidad en el momento de aceptar la subrogación hipotecaria citada. (iii) Una comisión de novación modificativa, del 0,75%, con un importe mínimo de doscientos cincuenta euros (250,00 €), excepto en aquellos casos en que la Ley establezca una comisión máxima en los que el importe de la comisión se ajustará al máximo legalmente aplicable, en el supuesto de que la entidad consintiera expresamente la novación modificativa de cualquiera de las condiciones del préstamo. Dicha comisión será calculada sobre el importe del capital del préstamo pendiente de amortizar y se liquidará y pagará en el momento de proceder a la formalización de la modificación solicitada. (iv) Comisión por recibo impagado de treinta y nueve euros (39,00 €) por los gastos habidos en la reclamación extrajudicial cada recibo impagado a la fecha de pago prevista, sea el impago total o parcial, corresponda a capital o intereses, o comprenda ambos conceptos, y se liquidará y pagará en el momento de efectuar la reclamación. La comisión prevista en este último apartado podrá ser modificada durante la vigencia del préstamo. En este supuesto, las nuevas condiciones serán comunicadas al prestatario mediante la publicación de aquellas en un lugar visible de todas y cada una de las oficinas de la entidad durante los dos meses precedentes a la referida modificación. Transcurrido este plazo sin mediar oposición expresa del prestatario se entenderán tácitamente aceptadas quedando la entidad en libertad para proceder a su modificación. 4.2. Compensación por desistimiento.—En el caso de amortización de forma anticipada a las fechas de pago previstas en la presente escritura, el prestatario vendrá obligado a compensar a la Entidad por dicha amortización anticipada en la siguiente forma: El 0,50%, por amortización anticipada total y el 0,25%, en el supuesto de amortización anticipada

parcial, calculadas ambas sobre el importe del capital que se amortice anticipadamente. Cuando en el momento de la amortización anticipada, sea ésta total o parcial, concurra alguna de las circunstancias de que el prestatario sea persona física y la hipoteca recaiga sobre vivienda o que el prestatario sea persona jurídica que tribute en el I.S. por el régimen fiscal de empresas de reducida dimensión, la compensación a percibir tendrá un límite máximo del 0,50% durante los cinco primeros años y del 0,25% a partir del quinto año, a aplicar al capital pendiente de amortizar. Esta compensación por desistimiento del contrato se devengará y liquidará en el momento de realizar el reembolso, total o parcial, anticipado.

4.3.–Compensación por riesgo de tipo de interés. En el supuesto de tipo de interés fijo durante más de un año, si el prestatario solicita una amortización anticipada, total o parcial, del capital del préstamo, se devengará una compensación por riesgo de tipo de interés a favor de la Entidad y a cargo del prestatario, al tipo del 5 por ciento, calculada sobre el capital amortizado anticipadamente. Esta compensación se devengará únicamente si la amortización anticipada genera una pérdida de capital para la Entidad. Se entenderá por pérdida de capital la diferencia negativa entre el capital pendiente en el momento de la cancelación anticipada y el valor de mercado de la presente operación. El valor de mercado de esta operación se calculará como la suma del valor actual de las cuotas pendientes de pago hasta la siguiente revisión del tipo de interés y del valor actual del capital pendiente que quedaría en el momento de la revisión de no producirse la cancelación anticipada. El tipo de interés de actualización será el de mercado aplicable al plazo restante hasta la siguiente revisión. El tipo de interés de referencia que se empleará para calcular el valor de mercado será el tipo de Interest Rate Swap (IRS) a los plazos de 2, 3, 4, 5, 7, 10, 15, 20 y 30 años (de los aquí indicados se aplicará el tipo de interés de referencia que más se aproxime al plazo de préstamo hipotecario que reste desde la cancelación anticipada hasta la próxima fecha de revisión del tipo de interés) publicados por el Banco de España y a los que se añadirá un diferencial que se fijará teniendo en cuenta los más comunes aplicados para los préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda en España a diferentes plazos de amortización. En el caso de cancelación parcial se le aplicará al resultado de la fórmula anterior el porcentaje del capital pendiente que se amortiza. Esta compensación se devengará y liquidará en el momento de proceder a la cancelación, total o parcial, anticipada.

4.4.–El devengo de las comisiones y compensaciones antes citadas se producirá sin perjuicio del límite máximo legalmente establecido en el momento en que se devenguen, en cuyo caso el importe de la comisión y/o compensación correspondiente se ajustará al máximo legalmente aplicable», y en la estipulación novena (constitución de hipoteca): «Cuatrocientos cincuenta euros (450,00 €), para prestaciones accesorias, a fin de garantizar el pago de la compensación por desistimiento y comisiones establecidas en la presente escritura que seguidamente se detallan: comisión por subrogación del deudor, comisión de recibos impagados y para los supuestos en los que no resulte de aplicación la compensación por desistimiento, la comisión por reembolso anticipado parcial y total, y la comisión por subrogación en la posición acreedora según Ley 2/94, de 30 de marzo».

II

Presentada en el Registro de la Propiedad de Roquetas de Mar número 1, fue objeto de la siguiente nota de calificación de fecha 20 de mayo de 2015, que a continuación se transcribe en lo pertinente, únicamente respecto del defecto que es objeto de impugnación: «(...) Hechos.1.–Título que se califica: Escritura de préstamo con garantía hipotecaria otorgada el 15 de abril de 2015 ante el notario de Armilla don José Ignacio Suárez Pinilla, número 452/2015, presentada el 15/04/2015 bajo el asiento 805 del Diario 99. 2.–En la escritura referida, en la estipulación cuarta, se establecen una serie de comisiones, sin que entre las mismas, se encuentre la comisión por subrogación en la posición acreedora según la Ley 2/94, de 30 de marzo. Sin embargo, en la estipulación novena, «Constitución de hipoteca», se establece una cantidad correspondiente para prestaciones accesorias a fin de garantizar el pago de la compensación por desistimiento y comisiones establecidas en la cláusula cuarta que seguidamente se detallan. En este detalle, si se encuentra la comisión por subrogación en la posición acreedora antes mencionada. B) Fundamentos de

Derecho: Art. 18. L.H.: «Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos obtenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro». Art. 21 L.H.: «Los documentos relativos a contratos o actos que deban inscribirse expresarán, por lo menos, todas las circunstancias que necesariamente debe contener la inscripción y sean relativas a las personas de los otorgantes, a las fincas y a los derechos inscritos». El principio de determinación registral consagrado en el artículo 51.6 del Reglamento Hipotecario, que literalmente dice: «Para dar a conocer la extensión del derecho que se inscriba, se hará expresión circunstanciada de todo lo que, según el título determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente, copiándose literalmente las condiciones suspensivas, resolutorias, o de otro orden, establecidas en aquel. No se expresarán en ningún caso, las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real». Por los referidos hechos y fundamentos de derecho. Acuerdo suspender la inscripción de la escritura reseñada en el hecho 1.º por el defecto subsanable de garantizarse unas comisiones en la cláusula novena, constitución de hipoteca, que no se contienen en el apartado comisiones y compensaciones establecidas en la escritura, concretamente la comisión por subrogación en la posición acreedora según la Ley 2/94 de 30 de marzo. (...) La presente calificación negativa determina la prórroga del asiento de presentación por plazo de sesenta días a contar desde que se tenga constancia de la recepción de la última de las notificaciones legalmente pertinentes, de conformidad con los arts. 322 y 323 de la Ley Hipotecaria. Contra la presente nota de calificación (...) Roquetas de Mar, veinte de mayo de dos mil quince.—El registrador (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos del registrador)».

III

Contra la anterior nota de calificación, don José Ignacio Suárez Pinilla, notario de Armilla, interpuso recurso en virtud de escrito de fecha 10 de junio de 2015, en base, entre otros, a los siguientes argumentos: Lo que se establece en la escritura, en su estipulación cuarta, es una comisión por reembolso anticipado y, en su estipulación novena, su garantía hipotecaria, precisando además el supuesto de subrogación de acreedor según la Ley 2/1994. Y es que la Ley 2/1994, en su artículo 3, no establece una comisión especial para el caso de subrogación de acreedor, sino lo que establece, para el caso de que se hubiese pactado comisión por amortización total o parcial anticipada, es un límite en esa comisión, que no puede superar el 1% del capital amortizado (hoy el 0,5% según la disposición adicional única del Real Decreto-ley 2/2003, de 25 de abril). En consecuencia, entiende que la única interpretación lógica que se le puede dar a la redacción de la escritura es, que la garantía hipotecaria cubre la comisión por reembolso anticipado, aunque el reembolso provenga por subrogación de un nuevo acreedor.

IV

El registrador emitió informe el día 18 de junio de 2015 y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 3.1 y 1281 a 1289 del Código Civil; 2, 50, 57 y 59 del Código de Comercio; 9, 12, 21, 104, 105, 142, 143, 144, 153 y 153 bis de la Ley Hipotecaria; 51, 238 y 240 del Reglamento Hipotecario; 59 y siguientes 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; 6 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación; 3 y la disposición adicional primera de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios; los artículos 7, 8 y 9 de la Ley 41/2007, de 7 de

diciembre; 3 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo; 3 y 30 de la Orden EHA/2899/2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; la Circular del Banco de España 5/2012, de 27 de junio; las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 5 de julio y 31 de octubre de 2001, 30 de diciembre de 2003 y 12 y 29 de enero y 8 y 20 de mayo de 2015, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de diciembre de 1987, 17 de enero de 1994, 8 de junio de 2011, 23 de enero, 20 y 28 de junio, 18, 26 y 27 de julio y 29 de noviembre de 2012, 30 de enero de 2013 y 14 y 21 de enero, 30 de marzo y 28 de abril de 2015.

1. Se debate en este recurso la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario, en la que resultan discutidas, en particular, las estipulaciones relativas a la compensación por desistimiento y la relativa al pacto de constitución de garantía hipotecaria.

Se trata de un préstamo concedido por una entidad de crédito a favor de dos personas físicas, recayendo la hipoteca sobre una vivienda.

El registrador aprecia en la escritura el defecto subsanable de garantizarse unas comisiones en la cláusula de constitución de hipoteca, que no se contienen en el apartado comisiones y compensaciones establecidas en la escritura, concretamente la comisión por subrogación en la posición acreedora según la Ley 2/1994, de 10 de marzo.

El notario recurrente entiende por el contrario, que la única interpretación lógica que se le puede dar a la redacción de la escritura es, que la garantía hipotecaria cubre la comisión por reembolso anticipado, aunque el reembolso provenga por subrogación de un nuevo acreedor.

2. La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios regula, en su artículo 3, la comisión por amortización anticipada en las subrogaciones que se produzcan en los préstamos hipotecarios, a interés variable, referidos en el artículo 1 de la misma, limitando la cantidad a percibir por la entidad acreedora en concepto de comisión por la amortización anticipada de su crédito.

Del mismo modo, su disposición adicional primera, establece que en los citados préstamos hipotecarios, la entidad acreedora no podrá percibir por comisión de amortización anticipada no subrogatoria más del 1% del capital que se amortiza aunque estuviese pactada una comisión mayor.

El Real Decreto-ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica, luego Ley 36/2003, de 11 de noviembre, modifica el límite al 0'5%, según la disposición adicional única, respecto a las subrogaciones que se produzcan en los préstamos hipotecarios a interés variable concertados a partir del 27 de abril de 2003.

La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por su parte, plantea, entre otros, el objetivo de alcanzar la neutralidad en el tratamiento regulatorio de los diversos tipos de créditos y préstamos hipotecarios ofertados en el mercado, al apreciar que existía una regulación sobre la comisión de amortización anticipada en caso de subrogación del préstamo hipotecario que, al no estar ligada directamente al perjuicio económico que sufre la entidad de crédito cuando se produce dicha subrogación, discrimina artificialmente entre las diferentes estructuras de tipos de interés posibles en un préstamo hipotecario. Desde la perspectiva del objetivo de protección a los clientes el régimen también resultaba insatisfactorio, pues permitía que estos tuvieran que abonar una comisión a la entidad incluso cuando la amortización fuera beneficiosa para esta última (cfr. Exposición de Motivos).

Esta Ley cambia, en primer lugar, la denominación de la comisión por amortización anticipada por la de compensación al ser esta más acorde con su naturaleza. En segundo lugar, se divide esta compensación por amortización anticipada entre la compensación que se hace a la entidad por desistir de un contrato y generarle una pérdida por los costes del préstamo, y la compensación por el riesgo de tipo de interés de la entidad cuando se amortiza anticipadamente en coyunturas de bajadas en los tipos de interés.

El artículo 7 de la indicada Ley 41/2007, de 7 de diciembre, determina que «el presente Capítulo será de aplicación a los contratos de crédito o préstamo hipotecario formalizados

con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley y aunque no conste en los mismos la posibilidad de amortización anticipada, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: Que se trate de un préstamo o crédito hipotecario y la hipoteca recaiga sobre una vivienda y el prestatario sea persona física. Que el prestatario sea persona jurídica y tribute por el régimen fiscal de empresas de reducida dimensión en el Impuesto sobre Sociedades. En dichos contratos de crédito o préstamo hipotecario no podrá cobrarse comisión por amortización anticipada total o parcial. En cualquier caso, la entidad estará obligada a expedir la documentación bancaria que acredite el pago del préstamo sin cobrar ninguna comisión por ello».

Acorde con ello, el artículo 8 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, regula la compensación por desistimiento y, de forma diferenciada, en su artículo 9 se regula la compensación por riesgo de tipo de interés.

Como puede advertirse, el artículo 7 establece expresamente que en los contratos o préstamos hipotecarios no podrá cobrarse comisión por amortización anticipada total o parcial (subrogatoria o no) si la hipoteca recae sobre vivienda y el prestatario sea persona física o persona jurídica de reducida dimensión según el Impuesto sobre Sociedades. En tales casos no puede existir comisión pero sí compensación, y en los demás (otras empresas o fincas hipotecadas) sí puede existir comisión, aunque pudiera denominarse también compensación.

En lo que respecta a la compensación por desistimiento (artículo 8 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre), se establece que en las cancelaciones subrogatorias y no subrogatorias, totales o parciales, que se produzcan en los créditos o préstamos hipotecarios a los que resulte de aplicación la citada Ley, la cantidad a percibir por la entidad acreedora en concepto de compensación por desistimiento, no podrá ser superior: i) al 0,5% del capital amortizado anticipadamente cuando la amortización anticipada se produzca dentro de los cinco primeros años de vida del crédito o préstamo, o ii) al 0,25% del capital amortizado anticipadamente cuando la amortización anticipada se produzca en un momento posterior al indicado en el número anterior. Si se hubiese pactado una compensación por desistimiento igual o inferior a la indicada en el apartado anterior, la compensación a percibir por la entidad acreedora será la pactada.

Es claro, por tanto, que la Ley prevé varias modalidades de cancelación o amortización total o parcial, en las que puede aplicarse la compensación por desistimiento, en particular, hace referencia a la modalidad subrogatoria y la no subrogatoria, mención que no es casual, si atendemos a su exposición de motivos, por cuanto la subrogación de acreedor supone una cancelación anticipada para el primer acreedor.

3. A juicio del registrador se garantizan unas comisiones en la cláusula de constitución de hipoteca, que no se contienen en el apartado comisiones y compensaciones establecidas en la escritura, concretamente la comisión por subrogación en la posición acreedora según la Ley 2/1994, de 30 de marzo.

La estipulación cuarta, en lo que aquí interesa, dice: «...4.2.–Compensación por desistimiento.–En el caso de amortización de forma anticipada a las fechas de pago previstas en la presente escritura, el prestatario vendrá obligado a compensar a la Entidad por dicha amortización anticipada en la siguiente forma: El 0,50%, por amortización anticipada total y el 0,25%, en el supuesto de amortización anticipada parcial, calculadas ambas sobre el importe del capital que se amortice anticipadamente. Cuando en el momento de la amortización anticipada, sea ésta total o parcial, concurra alguna de las circunstancias de que el prestatario sea persona física y la hipoteca recaiga sobre vivienda o que el prestatario sea persona jurídica que tribute en el I.S. por el régimen fiscal de empresas de reducida dimensión, la compensación a percibir tendrá un límite máximo del 0,50% durante los cinco primeros años y del 0,25% a partir del quinto año, a aplicar al capital pendiente de amortizar. Esta compensación por desistimiento del contrato se devengará y liquidará en el momento de realizar el reembolso, total o parcial, anticipado».

No regula, por tanto, esta estipulación cuarta, ni ninguna otra, una comisión por cancelación anticipada de ningún tipo, sino que lo que regula es, en el primer párrafo del apartado 4.2, una compensación por desistimiento con carácter general, que ha de

entenderse aplicable en todo caso, si bien se señala a efectos informativos y negociales que para el supuesto de que en el momento de la amortización anticipada concurren las circunstancias previstas en su apartado segundo, es decir, las que recoge el artículo 7 de la Ley 41/2007, se aplicarán los límites que el mismo establece si fueren menores que la compensación pactada, pero lo será también en concepto de compensación por desistimiento y no de comisión por subrogación de acreedor.

Tampoco se regula en la estipulación cuarta, ni en ninguna otra, de manera específica ninguna compensación para el supuesto de que la amortización anticipada total lo fuera por aplicación de la subrogación de acreedores prevista en la Ley 2/1994.

En la estipulación novena (constitución de hipoteca), por el contrario, se garantizan «cuatrocientos cincuenta euros (450,00 €), para prestaciones accesorias, a fin de garantizar el pago de la compensación por desistimiento y comisiones establecidas en la presente escritura que seguidamente se detallan: comisión por subrogación del deudor, comisión de recibos impagados y para los supuestos en los que no resulte de aplicación la compensación por desistimiento, la comisión por reembolso anticipado parcial y total, y la comisión por subrogación en la posición acreedora según Ley 2/1994, de 30 de marzo».

4. Partiendo de dicha interpretación, no es admisible la alegación formulada por el notario en su recurso, en el sentido de entender que dentro de la estipulación cuarta se entiende incluida, en su apartado primero, una comisión por pago anticipado con carácter general para el caso de no concurrir las circunstancias limitativas previstas en el apartado segundo, en primer lugar, porque ambas se refieren a compensaciones por desistimiento y, en segundo lugar, porque la expresión de la cláusula novena de que «para los supuestos en los que no resulte de aplicación la compensación por desistimiento», se cobrará una comisión por reembolso anticipado parcial y total, y una comisión por subrogación en la posición acreedora según ley 2/1994, de 30 de marzo, exige que se precise cuándo no es aplicable la compensación por desistimiento, normal o limitada, y cuáles son esas comisiones en tal eventualidad, como señala el registrador.

Ello no es óbice a que debe entender que la responsabilidad hipotecaria por prestaciones accesorias garantiza todo tipo de compensación por desistimiento, es decir, tanto la subrogatoria como la no subrogatoria, ya que la compensación por desistimiento pactada es omnicomprendiva al estar redactada de forma genérica y sin distinción de supuestos y, como se ha dicho, la subrogación en la posición del acreedor prevista en la Ley 2/1994 implica una amortización anticipada total para la primera entidad.

Sin embargo, en la estipulación novena después de garantizar esa compensación por desistimiento se establece la garantía hipotecaria «...para los supuestos en los que no resulte de aplicación la compensación por desistimiento, -de- la comisión por reembolso anticipado parcial y total, y la comisión por subrogación en la posición acreedora según Ley 2/94, de 30 de marzo», y como ya se ha expuesto esas específicas comisiones no se encuentran expresamente previstas en la estipulación cuarta ni en ninguna otra estipulación.

Por ello, hay que concluir que la redacción es cuanto menos confusa, por cuanto la estipulación novena parece estar contemplando una hipótesis no prevista en la estipulación cuarta, al menos no de fácil justificación, de modo que frente a la aplicación general de las normas interpretativas contenidas en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil, deben prevalecer las exigencias de determinación del contenido y alcance de los derechos reales, derivadas del principio de especialidad registral, máxime cuando se compromete directamente el propio principio de accesoriedad hipotecaria.

Además, cabe citar en este punto, el artículo 80 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, en el que se establece que en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, aquellas deberán cumplir los requisitos de concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, requisitos que no concurren en el presente caso.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador.

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, 3 de septiembre de 2015.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.