

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

10528 *Resolución de 21 de junio de 2019, 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 Carmona, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario por razón de establecerse la liquidación de intereses remuneratorios sobre la base del año comercial de 360 días.*

En el recurso interpuesto por don A. O. A., en nombre y representación de la entidad «Banco de Sabadell, S.A.», como apoderado de la entidad «Diagonal Company Services & Solutions, S.L.», representante de la primera, contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Carmona, don Manuel Ridruejo Ramírez, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario concedido por la parte recurrente, por razón de establecerse la liquidación de intereses remuneratorios sobre la base del año comercial de 360 días.

Hechos

I

Mediante escritura pública autorizada por el notario de Sevilla, don Vicente Ramón Soriano García, el día 27 de junio de 2017, con el número 814 de protocolo, don M. G. V. y doña M. L. P. M. constituyeron una hipoteca sobre una parcela de terreno con vivienda sito en Carmona, finca número registral 27.209, la cual se dice constituye su domicilio habitual, en garantía de un préstamo destinado a adquisición, concedido por «Banco de Sabadell, S.A.».

II

Dicha escritura fue objeto de las siguientes presentaciones en el Registro de la Propiedad de Carmona:

Primera.—La que causó el asiento 1.531 del Diario 105 el día 27 de junio de 2017, que fue objeto de calificación negativa con fecha 14 de septiembre de 2017, prorrogada la vigencia del asiento 60 días desde el 21 de septiembre de 2017, retirado el título por el presentante el 25 de septiembre de 2017 y cancelado el asiento de presentación por caducidad el 22 de diciembre de 2017.

Segunda.—La que causó el asiento 702 del Diario 106 el día 22 de diciembre de 2017 y retirado por el presentante el 29 de diciembre de 2017, se canceló el asiento de presentación por caducidad el 22 de marzo de 2018.

Tercera.—La que causó el asiento 1.249 del Diario 106, que fue objeto de calificación negativa, en unión de instancia de fecha 24 de mayo de 2018 solicitando la inscripción parcial del título, con fecha 6 de junio de 2018, presentada con fecha 15 de junio de 2018 solicitud de calificación sustitutoria del título, siendo asignado al Registro de la Propiedad de Sevilla número 9 y retirado el título por el presentante el día 18 de junio de 2018. Presentado el documento en el Registro de la Propiedad número de Sevilla 9 y remitida certificación literal con el historial jurídico de la finca del asiento adjunto al Registro de la Propiedad de Sevilla número 9 para la calificación sustitutoria el día 27 de junio de 2018, se recibió confirmación de recepción de comunicación de calificación sustitutoria enviada por el Registro de la Propiedad de Sevilla número 9 y, finalmente, se presentó nota de calificación sustitutoria a la nota de calificación del Registro de la Propiedad de Carmona

el día 3 de julio de 2018; posteriormente se canceló por caducidad el asiento de presentación el día 4 de septiembre de 2018.

Cuarta.—La que causó el asiento 351 del Diario 107, siendo retirado el título por el presentante y que se aportó de nuevo el día 31 de octubre de 2018 en unión de instancia suscrita el día 10 de octubre de 2018 por «Banco de Sabadell, S.A.» a través de su representante, que fue objeto de calificación negativa con fecha 13 de noviembre de 2018, prorrogada la vigencia del asiento adjunto 60 días desde el día 15 de noviembre de 2018; retirado nuevamente el título por el presentante el 16 de noviembre de 2018, se aportó el día 4 de diciembre de 2018 instancia de fecha 4 de diciembre de 2018 en la que se solicitaba nueva calificación sustitutoria, y se indicó que el Registro sustituto era el Registro de la Propiedad de Sevilla número 11; posteriormente, el día 11 de diciembre de 2018 se comunicó a través de la intranet del Colegio de Registradores la calificación resolutoria desestimatoria por parte del Registro de la Propiedad de Sevilla número 11; y finalmente, se canceló por caducidad el asiento de presentación con fecha 14 de febrero de 2019.

La escritura antes referida se volvió a presentar en el Registro de la Propiedad de Carmona por última vez el día 14 de febrero de 2019 y fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Registro de la Propiedad de Carmona.

Hechos.

Primero.—Que con el número 1374 del Diario 107 se ha presentado una escritura otorgado ante el Notario de Sevilla D Vicente Soriano García, 814/2017, en la que se solicita la inscripción de una Hipoteca

Segundo.—Que se establece la liquidación de intereses sobre la base del año de 360 días.

Tercero.—Que se acompaña instancia con firma legitimada notarialmente, en la que se expresa que la fórmula de cálculo de los intereses no causa desequilibrio entre las partes al aplicarse el mismo criterio en numerador y denominador, ya que en el numerador de la fórmula el cómputo del tiempo transcurrido se calcula contando períodos uniformes de 30 días, siendo los periodos de tiempo inferiores a un mes restando de 30 días los transcurridos del mes, resultando en total a efectos del cómputo de Intereses una anualidad de 360 días, y en el denominador el período que se aplica es el de una anualidad de 360 días.

Fundamentos jurídicos.

Primero.—Que el artículo 18 de la Ley Hipotecaria establece que los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en ellos, por lo que resulte de los mismos y de los asientos del Registro.

Segundo.—Que para los períodos de tiempo inferiores al año se produce desequilibrio entre las partes con respecto al cómputo del año natural. Además de ser una cláusula con una redacción que puede dar lugar a confusión, pues el hecho que se compute el año de 360 días y que los meses se cuenten de 30 días no afecta a los días transcurridos en periodos inferiores al año de manera que se pueda compensar al dividir entre 360, en lugar de 365 considerando en el numerador el año natural. Sólo se produciría el equilibrio aludido en el caso de transcurrir el año entero, para lo cual ya no se estaría en periodos inferiores al año. Por lo anterior debe prevalecer el año natural al comercial conforme a los artículos 61 y 62.3 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, 4.1 de la Directiva 93/13/CEE y 6.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, Orden EHA/

2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del diente de servicios bancarios, y Sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017.

Que prevalece el año natural sobre el artificial o comercial, aunque sea habitual, conforme a los artículos 61 y 82.3 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, 4.1 de la Directiva 93/13/CEE y 6.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, 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 y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servidos bancarios en su artículo, y Sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017. Es la TAE elemento esencial del contrato, cuyo cálculo ha de ajustarse a los requisitos de la Directiva 2014/17, concretamente sus artículos 17 y el anexo I, así como a las exigencias de la Orden de 28 de octubre de 2011, concretamente su anexo V, que exige que el cálculo se verifique por años de 365 días, o de 366 si fuesen bisiestos, algo que no ocurre en el presente caso, vulnerando las normas citadas y demás de protección de los consumidores. STS, Sala Primera, de 241/2013, de 19 de mayo: "Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato".

De igual manera la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 23 de Junio de 2016: "En relación a la primera de las cláusula cuestionadas en esta alzada relativa al cálculo de los intereses tomando como base de la liquidación el año comercial de 360 días, tal estipulación aun tratándose de un uso bancario que pudo tener justificación en el pasado y carece de ella en la época actual, carece de justificación que en el momento de la liquidación del saldo, pueda tomarse como base de la liquidación el año comercial de 360 días y en cambio se utilice el mes natural para el cálculo del devengo de intereses, 31 o 30 días, lo que constituye una práctica que genera un desequilibrio importante e injustificado en los derechos y obligaciones de las partes que perjudica siempre a la misma parte, el prestatario. Pero no en la actualidad, de modo que dicha práctica ha sido muy discutida por el propio Banco de España en su Informe sobre buenas prácticas bancarias en la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España del año 2009. Se dice en dicha Memoria en cuanto al año comercial/año civil que: El criterio mantenido por el Servicio es el siguiente: '[...] el uso de la base de cálculo 360 se ha venido considerando como un «uso bancario», establecido por la práctica reiterada del mismo por parte de las entidades financieras y, como tal, fue admitido por el extinto Consejo Superior Bancario, a quien correspondía, con arreglo al Decreto de 16.10.50 (BOE del 17 de noviembre), determinar los usos mercantiles bancarios a los efectos del artículo 21 del Código de Comercio. Como tal uso bancario se recogió en las Memorias del Servicio de Reclamaciones correspondientes a los años 1992 y 1993, que indicaban que 'la aplicación del año comercial o de 360 días como denominador de las fórmulas matemáticas de liquidación de intereses en las operaciones de crédito, sin aplicar el mismo criterio para el cómputo de los días transcurridos en el numerador, así como, en general, en todas aquellas en las que el cálculo de intereses se realiza día a día, constituyen una práctica inveterada de las entidades bancarias que, por su generalidad, puede considerarse constituye un auténtico uso bancario'. Debemos advertir, no obstante, que puede ocurrir que determinadas conductas que han llegado a constituir auténticos usos bancarios sean cuestionadas en el presente, pues el desarrollo de los sistemas que venían a justificar dichos usos carecen en la actualidad de razón técnica, y más en el presente caso, en el que el cambio de base no parece obedecer a criterios de facilitar los cálculos. Ahora bien, estas circunstancias solo podrían ser debatidas por el órgano judicial competente, como instancia adecuada para establecer la validez y alcance de las cláusulas de los

contratos." Y es que esa especie de redondeo a la baja lo es en detrimento del consumidor. Este es el caso resuelto por el Tribunal Supremo cuando rechazó los recursos de casación frente a sentencias que declararon nulas las cláusulas de redondeo al alza en los préstamos garantizados con hipoteca a interés variable cuya similitud con el redondeo del cálculo de los intereses es más que evidente. En SSTs de 4 de noviembre y 29 de diciembre de 2010 y 2 de marzo de 2011, se entendió que dichas cláusulas son abusivas en cuanto que en aplicación del art. 8.2 Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, por tanto, del art. 10 bis Ley 26/1.984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios (hoy artículo 82 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), por tratarse de estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causaban, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Y, finalmente la cláusula tampoco se ajusta a la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que establece en el anexo V en relación al cálculo de la Tasa anual equivalente que 'los intervalos entre las fechas utilizadas en los cálculos se expresarán en años o fracciones de año. Un año tiene 365 días (en el caso de los años bisiestos, 366), 52 semanas o doce meses normalizados. Un mes normalizado tiene 30,41666 días (es decir, 365/12), con independencia de que el año sea bisiesto o no'. Así pues, el cálculo de los intereses con la utilización del criterio del año comercial es una cláusula nula, ya que no puede decirse que supere el control de transparencia, dado que no consta en modo alguno que el apelante fuera informado adecuadamente de las consecuencias económicas negativas que tiene exclusivamente para él la aplicación de dicha cláusula."

Idéntico criterio sigue la sentencia de 14 de octubre de 2015 del Juzgado de lo mercantil n.º 1 de San Sebastián: "En cuanto a la transparencia y a la facultad de comprensibilidad real acerca de su significado, de algún modo se aprecia una oscuridad en la mera referencia al cálculo cuando se dice, sin mayor explicación, que se considerará que el año tiene 360 días y no 365, sin mencionar que ello acarrea un aumento de la cuota para el prestatario, aun cuando no sea significativo. Además, no se añade explicación de porqué se computa el año de 360 días y no de 365. Aun cuando tradicionalmente el uso del año comercial de 360 días ha tenido su razón de ser en la finalidad de facilitar los cálculos, su mantenimiento en la actualidad con las facilidades que la informática ofrece no tiene justificación y puede ser perfectamente sustituido por el año natural. Ello ni beneficia ni perjudica la posición de las partes en el contrato, simplemente se limita a aplicar de forma correcta la fórmula de cálculo, conforme a los días que tiene el año, sin llevar a cabo ninguna ficción que resulta en un perjuicio para el consumidor. En efecto, siendo la fórmula de cálculo de los intereses: $CxRxT/36000$ el hecho de dividir entre 360 días y no 365 (o 366) comporta un aumento de su cuota. Entiendo que, de alguna manera, puede apreciarse una similitud con la declaración de nulidad por razón de abusividad de las cláusulas de redondeo al alza en los préstamos hipotecarios por el Tribunal Supremo. Cabe citar, entre otras la STS, Sala de lo Civil, Sección 1.ª: 'Se trata de un exceso meramente aleatorio, que pretende la simplificación del cálculo de la cantidad que debe ser abonada en concepto de interés y que se encuentra sometida al ámbito de la Ley 7/1998, sobre las Condiciones Generales de la Contratación y como tal sujeta a los controles de incorporación que el ordenamiento establece para estas, desde el momento en que provoca un desequilibrio importante en las prestaciones de las partes, pues la posición del Banco queda reforzada mediante la recepción de unos ingresos sin contraprestación, y contrariamente se debilita la posición del prestatario que se ve obligado a pagar siempre un exceso sin recibir nada a cambio. Tal desequilibrio, provocado por el banco, solo puede calificarse de contrario a la buena fe, pues no de otro modo se puede entender que no se opte por el redondeo a la fracción decimal más próxima o al cuarto de punto más próximo, que fácilmente permitiría repartir entre él y su cliente la oportunidad de beneficiarse del redondeo'."

Tercero.–Que no se harán constar, de conformidad con el artículo 19.bis y concordantes de la Ley Hipotecaria, las cláusulas de vencimiento anticipado que por tener carácter personal carecen de trascendencia real o que por genéricas e inespecíficas son contrarias al principio de especialidad o se oponen a normas imperativas, según reiterada doctrina jurisprudencial de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Igualmente no se harán constar el resto de cláusulas y contenido del documento de carácter puramente informativo y carente por ello de trascendencia jurídico-real (artículos 2 y 98 Ley Hipotecaria, RDGRN 1 de octubre de 2010).

Parte dispositiva.

Vistos los documentos presentados y los asientos del Registro, a la luz de las disposiciones citadas, acuerdo:

Primero.–Practicar la calificación del título presentado, suspendiendo la Inscripción solicitada mientras no se rectifiquen o subsanen los defectos advertidos.

Segundo.–Notificar la presente calificación negativa, conforme señala el artículo 322 de la Ley Hipotecaria, en el plazo de diez días hábiles desde su fecha al presentante y, en su caso, a la Autoridad que lo ha expedido.

Tercero.–Practicada la notificación de la calificación de conformidad con los artículos 322 y 323 de la Ley Hipotecaria, quedará prorrogado automáticamente el asiento de presentación por un plazo de sesenta días contados desde la fecha de la última notificación.

Vigente el asiento de presentación, el interesado, Notario autorizante del título y, en su caso, la autoridad judicial o funcionario que lo hubiere expedido, podrán solicitar dentro del plazo de los sesenta días anteriores dichos, que se practique anotación preventiva prevista en el art. 42.9 de la Ley Hipotecaria.

Contra esta calificación (...)

Carmona, a veintiséis de febrero del año dos mil diecinueve.–(firma ilegible) Fdo: Manuel Ridruejo Ramírez.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don A. O. A., en nombre y representación de la entidad «Banco de Sabadell, S.A.», como apoderado de la entidad «Diagonal Company Services & Solutions, S.L.», representante de la primera, interpuso recurso el día 5 de abril de 2019 y en el que constaban los siguientes argumentos:

«Hechos y fundamento de Derecho

Primero.–La cláusula Tercera de la escritura de préstamo hipotecario, en su apartado 3 describe la fórmula para el cálculo de intereses del préstamo como se reproduce a continuación:

«Los intereses se calcularán aplicando, para cada tipo de interés, la siguiente fórmula: $(C \cdot x \cdot dx \cdot r) / 360 \times 100$, siendo:

C = el capital pendiente del préstamo al inicio del período de liquidación
d = el número de días comerciales de que consta el periodo de liquidación, considerando los años de 360 días, los meses de 30 días y los periodos inferiores a un mes, restando de 30 días los días transcurridos del mes.

R = el tipo de interés anual.»

Y en su apartado 4 se informa sobre el cálculo de la TAE:

«A efectos informativos, la Tasa Anual Equivalente variable (TAE Variable), excluida para su cálculo la fracción inicial de intereses, es del 3,6858 por ciento, y se ha calculado

conforme a lo establecido en la Norma Decimotercera de la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España (publicada en el BOE n.º 161, de 6 de julio de 2012) y el anexo V de la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (publicada en el BOE n.º 261, de 29 de octubre de 2011), y sus modificaciones o por las disposiciones en cada momento vigentes...»

Segundo.—Las calificaciones negativas suspenden la inscripción sin opción a inscripción parcial en base a los siguientes fundamentos jurídicos:

Del Registro de Carmona:

"Que para los periodos de tiempo inferiores al año se produce desequilibrio entre las partes con respecto al cómputo del año natural. Además de ser una cláusula con una redacción que puede dar lugar a confusión, pues el hecho que se compute el año de 360 días y que los meses se cuenten de 30 días no afecta a los días transcurridos en períodos inferiores año de manera que se pueda compensar al dividir entre 360, en lugar de 365 considerando en el numerador el año natural. Sólo se produciría el equilibrio aludido en el caso de transcurrir el año entero, para lo cual ya no se estaría en periodos inferiores al año..."

Del Registro n.º 11 de Sevilla:

Confirmando la calificación del Registro de la Propiedad de Carmona.

Tercero.—Los fundamentos jurídicos remiten a la legislación sobre integración de la oferta, promoción y publicidad en los contratos de consumidores y usuarios (art. 61 RDL 1/2007), el carácter abusivo de las cláusulas contractuales (art. 82.3 RDL 1/2007 y art. 4.1 Directiva 93/13/CEE). la existencia de contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares del contrato (art. 6.1 Ley 7/1998) y la norma sobre el cálculo de la TAE (Orden EHA/2899/2011).

Por su parte, la Sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017. establece que «para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un "desequilibrio importante" entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando exista un acuerdo de las partes en ese sentido.» Y su párrafo 65 considera que el órgano jurisdiccional deberá «comparar el modo de cálculo del tipo de los intereses ordinarios previsto por la referida cláusula y el tipo efectivo resultante con los modos de cálculo generalmente aplicados y el tipo legal de interés, así como con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato controvertido en el litigio principal en relación con un préstamo de un importe y una duración equivalentes a los del contrato de préstamo considerado. En particular, deberá comprobar si la circunstancia de que los intereses ordinarios se calculen utilizando un año de 360 días, en lugar del año natural de 365 días, puede conferir carácter abusivo a la mencionada cláusula 3.»

Cuarto.—La jurisprudencia española ha considerado que las fórmulas de cálculo que tienen en cuenta para el devengo de interés el cómputo de los días efectivamente transcurridos (los días naturales del año de 365/366) en el numerador, y que aplican el año comercial de 360 días en el denominador, causan un desequilibrio importante e injustificado en los derechos del prestatario. Pero no se ha pronunciado sobre la existencia de desequilibrio en la fórmula establecida en la escritura de préstamo hipotecario objeto de las calificaciones negativas, en la que el cómputo en el numerador y el denominador se basa en el año comercial de 360 días.

Dichas calificaciones consideran que la redacción de la cláusula puede ser «confusa y oculta» en su aplicación a los períodos inferiores al año. Pues bien, no existe ninguna ocultación en la siguiente explicación:

d = el número de días comerciales de que consta el periodo de liquidación, considerando los años de 360 días, los meses de 30 días y los períodos inferiores a un mes, restando de 30 días los días transcurridos del mes.

Que, en los períodos inferiores a un mes, los días transcurridos se resten de 30 días, significa que el devengo de intereses siempre será uniforme, sin importar que los días transcurridos sean de meses con 31, 28 o 30 días. Por ejemplo, si la cuota mensual se paga el día 15 de cada mes y se realiza una amortización el día 5 de febrero, se contarán 20 días de intereses, en lugar de los 21 días naturales transcurridos. En cambio, si la amortización se realiza el día 5 de marzo, igualmente se contarán 20 días de intereses, en lugar de los 18 días naturales transcurridos. Ese desequilibrio de 2 días queda compensado a lo largo del año por haber 7 meses de 31 días, 4 meses de 30 días y un mes de 28/29 días.

Este sistema de cálculo no puede ser considerado abusivo por provocar un «desequilibrio importe e injustificado» en contra de los derechos de la prestataria.

Además, siendo un préstamo con reembolsos constantes comprensivos de amortización de capital e intereses calculados con la fórmula informada en el apartado 2 de la cláusula Segunda, el devengo de intereses requiere un cálculo en períodos de tiempo uniformes y no puede realizarse de otra manera sin introducir una alteración significativa en la naturaleza del contrato que le fue informada a la prestataria en los documentos publicitarios y de información precontractual, en la que se incluyó la tabla de amortizaciones con el importe uniforme de la cuota mensual y el desglose de las cantidades correspondientes a amortización de capital y pago de intereses de cada cuota.

Si se modificara el contrato para calcular los intereses aplicando el año natural de acuerdo con el sistema establecido para el cálculo de la TAE (Orden EHA/2899/2011), tal como se indica en las notas de calificación, ello significaría cambiar en una condición general (la de la fórmula del cálculo de intereses) las características del préstamo informadas específicamente como condiciones particulares en la Ficha de información personalizada (FIPER) y resto de documentación precontractual, pasando de un sistema de cuotas mensuales constante (es decir, del mismo importe todos los meses) a un sistema de cálculo en el que necesariamente deberían separarse las amortizaciones de capital, que podrían ser constantes, de los intereses devengados según los días efectivamente transcurridos en cada período. Y tal actuación sería contraria a las normas invocadas como fundamentos jurídicos, ya que tampoco resultaría significativamente más beneficioso para la prestataria.

Por todo lo expuesto,

Solicita:

Que, habiendo presentado, en tiempo y forma, el presente recurso se sirva admitirlo y acuerde estimarlo revocando la nota de calificación negativa de que trae causa.»

IV

El registrador de la Propiedad de Carmona emitió el preceptivo informe con fecha 25 de abril de 2019, confirmando su nota de calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo. En dicho informe constaba que, con fecha 10 de abril de 2019, y de conformidad con lo establecido en el artículo 327, párrafo quinto, de la Ley Hipotecaria, se dio traslado del recurso al Notario de Sevilla, don Vicente Ramón Soriano Garcia, como autorizante de la escritura calificada, sin que el mismo haya efectuado alegaciones.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 12, 18, 114, 258 y 326 de la Ley Hipotecaria; 21 del Código de Comercio; 61, 62.3 y 82.3 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; 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; 17 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; 6.1 y 8.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación; la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de enero de 2017 y 20 de septiembre de 2018; las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 4 de noviembre y 29 de diciembre de 2010, 2 de marzo de 2011, 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; la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de abril de 2015; la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 23 de junio de 2016; la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de San Sebastián de 14 de octubre de 2015; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de diciembre de 2010, 7 de noviembre de 2012, 13 de septiembre y 18 de noviembre de 2013, 5 y 18 de febrero, 23 de julio y 12 y 30 de septiembre de 2014, 21 de enero, 30 de marzo y 14 de mayo de 2015, 7 de abril de 2016, 19 de mayo de 2017 y 19 de julio de 2018, y la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España del año 2017.

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

Esta misma doctrina es aplicable a aquellas circunstancias contenidas en notas de calificación anteriores a la recurrida, realizadas por el mismo titular, o a aquellas formuladas por otros titulares del mismo Registro de la Propiedad o por aquellos a quienes hubiere correspondido una calificación sustitutoria. En consecuencia, aunque en el escrito de recurso se alude a otras notas de calificación de ese tipo, al referirse todas ellas a procedimientos registrales ya finalizados y con asientos de presentación caducados, el contenido de las mismas no puede ser objeto de recurso.

2. En el presente supuesto, dos únicas cuestiones son objeto de recurso: la primera, la posibilidad de inscripción parcial de la escritura de préstamo hipotecario objeto de la nota de calificación a la luz del defecto recurrido, con exclusión de la cláusula controvertida, circunstancia solicitada por el interesado por instancia y que incidentalmente se plantea en el recurso. La segunda cuestión, que es el concreto defecto impeditivo de la inscripción, que la liquidación de los intereses ordinarios se establece sobre la base del año comercial de 360 días en el denominador en vez del año natural de 365 días.

Como presupuesto para resolver esta segunda cuestión se ha de partir de la aplicabilidad de la normativa de protección de los consumidores, circunstancia no discutida por el recurrente, ya que concurren las siguientes circunstancias: El prestamista es una entidad de crédito, los prestatarios son personas físicas, la hipoteca recae sobre la vivienda habitual de éstos, y el crédito se concede para la adquisición de dicha vivienda.

3. En cuanto a la posibilidad de practicar la inscripción de la hipoteca con exclusión de la estipulación objeto de denegación registral, debe señalarse que la fórmula para la determinación de los intereses ordinarios forma parte inescindible de la contraprestación que ha de recibir el prestamista, ya que dicho interés constituye el precio de dinero prestado y, por tanto, al constituir también un elemento esencial para la determinación de uno de los conceptos garantizados con la hipoteca, no procede la inscripción parcial si simultáneamente no se solicita la exclusión de la inscripción de la responsabilidad hipotecaria correspondiente a ese concreto concepto, circunstancia que no figura en la instancia sobre inscripción parcial presentada y que obra en el expediente.

A este respecto, las Resoluciones de 14 de diciembre de 2010, 7 de noviembre de 2012, 18 de noviembre de 2013, 18 de febrero y 12 y 30 de septiembre de 2014 y 21 de enero, 30 de marzo y 14 de mayo de 2015, han fijado la actual doctrina de este Centro Directivo sobre la materia y de las mismas resulta que para poder practicar la inscripción parcial de la hipoteca sin las cláusulas calificadas como defectuosas y de las que por las mismas resulten afectadas, se precisa solicitud expresa de las partes de conformidad con lo establecido en los artículos 19 bis y 322 de la Ley Hipotecaria, cuando tales cláusulas se considere que constituyen un elemento delimitador del contenido esencial del derecho real de hipoteca, que viene conformado por la responsabilidad hipotecaria y por los procedimientos ejecutivos que le son propios.

4. Respecto del concreto defecto sobre el que hay que resolver, el que la fórmula utilizada para el cálculo de los intereses ordinarios se establezca sobre la base del año comercial de 360 días en el denominador, en vez del año natural de 365 días, procede recordar que la Resolución de 7 de abril de 2016 manifestó 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 (artículo 4.2. Directiva 93/13), y dentro de ese ámbito debe considerarse incluida, en principio, la fórmula para su cálculo por cuanto es una de las estipulaciones mediante las cuales se define ese objeto principal del contrato.

Así, el Tribunal Supremo (cfr. Sentencias de 18 de junio de 2012, 9 de mayo de 2013, 8 de septiembre de 2014 y 25 de marzo y 23 de diciembre de 2015) 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 fórmulas para su determinación– «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 respecto de las mismas.

No obstante, sigue diciendo el Alto Tribunal que «el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo», sino que tal cláusula se encuentra sujeta a un doble control, el control de incorporación o de información previa ajustada a la normativa según el tenor del artículo 7.1 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación y Orden EHA 2899/2011, y el control de transparencia –cognoscibilidad o comprensibilidad real– que exige que la cláusula se encuentre redactada de manera clara y comprensible como exigen los artículos 4.2 de la Directiva 93/13/CEE y 80.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Este segundo control tiene por objeto «que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la «carga económica» que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo».

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

5. Excluida, en consecuencia, la calificación registral sobre la abusividad de la cuantía de un determinado interés remuneratorio por ser definitorio del objeto principal 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 filtro de incorporación, la respuesta debe ser afirmativa por cuanto se incorporan a la escritura de constitución de hipoteca la ficha de información personalizada, con efectos de oferta vinculante, que es el requisito que impone en esta materia la Orden EHA 2889/2011.

Y, en cuanto al filtro de transparencia material, se aporta también, como prueba de la información precontractual adicional suministrada, un documento de información personalizada complementaria (DIPERC) firmado por los prestatarios, en que se informa expresamente acerca de la fórmula de cálculo del interés ordinario, señalando expresamente la misma con indicación de la base a utilizar, y un escrito suscrito igualmente por los prestatarios en que éstos reconocen expresamente «que se les han facilitado las explicaciones sobre las características esenciales del producto objeto del contrato y sus efectos, así como las demás explicaciones necesarias para poder adoptar una decisión informada y adecuada a nuestros intereses, necesidades y situación financiera»; por lo que dentro del ámbito de la calificación registral de la transparencia material, ésta debe tenerse también por cumplida.

6. Queda, no obstante, el control de legalidad de la concreta cláusula objeto de este expediente y, a estos efectos, señala el registrador de la propiedad calificante que la fórmula utilizada para el cálculo de los intereses ordinarios no se ajusta a la establecida como imperativa por el artículo 17 de la Directiva 2014/17 y por el Anexo V de la Orden EHA 2899/2017 que exigen que el cálculo de la Tasa Anual Equivalente (TAE) se verifique sobre la base de años naturales de 365 días y de 366 días si son bisiestos, cosa que, afirma, no ocurre en este caso.

Se alude, como apoyo de este criterio, a las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de abril de 2015, de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 23 de junio de 2016 y del Juzgado de lo Mercantil número 1 de San Sebastián de 14 de octubre de 2015, las cuales vinieron a considerar la fórmula de cálculo referencia al año comercial de 360 días, en los términos que se dirán, como abusiva, por cuanto en esos supuestos concretos se consideró que la estipulación producía un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor, al dar lugar a un incremento de los intereses a abonar por éste; y que, además, no se había cumplido con los requisitos de transparencia material, por cuanto no había resultado acreditado que los prestatarios expresaren el consentimiento a tal estipulación con cabal y acabado conocimiento de las consecuencias económicas de la misma, por cuanto se habían cumplido exclusivamente los requisitos legales de incorporación.

7. Ahora bien, en esas sentencias el supuesto de que se contemplaba, como señala el recurrente, no es el mismo que el recogido en la cláusula objeto de este recurso. Así, en aquellas sentencias se contemplaban supuestos en que «mientras que en el numerador el año dura 365 días, en el denominador el año dura 360 días» o «mientras que en el numerador se utiliza el mes natural de 30 o 31 días, computados día

a día, en el denominador se utiliza el año comercial de 360 días», lo que sí supone un incremento del interés en perjuicio del consumidor.

Sin embargo, la cláusula en cuestión objeto de este recurso, la estipulación tercera en su apartado 3, dispone que «los intereses se calcularán aplicando, para cada tipo de interés, la siguiente fórmula: $(C \times dxr) / 360 \times 100$, siendo: C = el capital pendiente del préstamo al inicio del período de liquidación. d = el número de días comerciales de que consta el periodo de liquidación, considerando los años de 360 días, los meses de 30 días y los periodos inferiores a un mes, restando de 30 días los días transcurridos del mes. r = el tipo de interés anual». Y, por otra parte, en su apartado 4 se informa sobre el cálculo de la Tasa Anual Equivalente y dice: «A efectos informativos, la Tasa Anual Equivalente variable (TAE variable), excluida para su cálculo la fracción inicial de intereses, es del 1,7939 por ciento, y se ha calculado conforme a lo establecido en la Norma Decimotercera de la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España (publicada en el BOE n.º 161, de 6 de julio de 2012), y el anexo V de la Orden EH 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (publicada en el «BOE» n.º 261 de 29 de octubre de 2011), y sus modificaciones o por las disposiciones en cada momento vigentes».

Como se ve, en cuanto al cálculo de la Tasa Anual Equivalente se ha cumplido con la normativa vigente en su momento, y respecto a la fórmula del cálculo del interés ordinario, en la que el cómputo tanto en el numerador como en el denominador se basa en el año comercial de 360 días, no existen sentencias sobre la existencia de desequilibrio en esta fórmula, el cual, además, no se produce porque, adicionalmente se prevé que los meses sean siempre de 30 días y que en los periodos inferiores a un mes, se reste de 30 días los días transcurridos del mes (sin importar que los días transcurridos sean de meses con 31, 28 o 30 días), lo que equilibra lo posición de las partes.

8. A estos efectos, la Memoria de reclamaciones del Banco de España de 2017 (la última publicada) mantiene, en relación con el cálculo de intereses (tanto en préstamos como en depósitos), que cuando se utilizan períodos no uniformes (365/360), se estaría ante una mala práctica bancaria, mientras que cuando se utilizan períodos uniformes (365/365 o 360/360), se estaría ante una buena práctica bancaria.

Así dicha Memoria señala en sus páginas 100 y 101 que «la práctica a la que nos referimos en este epígrafe tiene incidencia tanto en los productos de activo como en los de pasivo, por cuanto se refiere a una metodología para el cálculo de los intereses. No obstante, consideramos oportuno efectuar su análisis en esta sección, por las implicaciones que aquella tiene en la clientela de préstamos hipotecarios. Esta metodología consiste, en lo relativo a préstamos, en la referencia a una base de cálculo distinta en el numerador y en el denominador de la fórmula de cálculo de los intereses, esto es, considerando en el numerador, como días en los que se habría producido el devengo de dichos intereses, el número de días realmente transcurridos con arreglo al año civil o natural (365 días, 366 si es bisiesto), y, por su parte, incluyendo en el denominador, como cifra entre la que se divide la anterior, los 360 días de que se compone el denominado «año comercial». Otras formas de cálculo que suelen pactarse consisten en aplicar el cambio de base 365/360 (en los años bisiestos, 366/360), bien directamente sobre el tipo de interés aplicable (tipo de referencia más diferencial), bien solo sobre el tipo de interés de referencia. El empleo de la base de cálculo 360 se consideró largo tiempo como un «uso bancario» establecido por la práctica reiterada de las entidades financieras, y como tal fue en su día reconocido por el extinto Consejo Superior Bancario, al que correspondía, con arreglo al Decreto de 16 de octubre de 1950 (BOE de 17 de noviembre), determinar los usos mercantiles bancarios a los efectos del artículo 2.1 del Código de Comercio. Este DCMR (Departamento de Conducta de Mercado de Reclamaciones), conocedor de la evolución de las prácticas del mercado, de los cambios normativos en la regulación del mercado hipotecario en el ámbito nacional y comunitario, así como de la posición de los órganos jurisdiccionales, consideró que existían razones justificativas para apartarse del criterio tradicional en relación con esta práctica, de manera principal por el perjuicio que su utilización podría producir en la

clientela bancaria, tanto en las operaciones de activo como en las de pasivo. Dicho criterio se viene aplicando desde la fecha de la publicación de la Memoria de 2016 –el 3 de julio de 2017–».

A continuación, como razones que justifican el cambio de criterio el Banco de España, se señalan las siguientes: «En la indicada Memoria de 2016 se referían otras razones que justificaban dicho cambio de criterio, a saber: a) la modernización de los sistemas informáticos de las entidades implica que, en la actualidad, la utilización de la metodología 365/360 carezca de razón técnica alguna; b) se ha venido observando que un elevado número de entidades utiliza la fórmula de cálculo con períodos uniformes, por lo que cabría entender que el anterior uso bancario consistente en utilizar la fórmula 365/360 ha perdido su condición de tal; c) adicionalmente, la regulación en materia hipotecaria en curso refuerza claramente los requerimientos de conducta de las entidades y exige actuar en el mejor interés de los clientes y evitarles posibles perjuicios, debiéndose citar al respecto la Directiva 2014/17/UE, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, vigente desde el 21 de marzo de 2016, pendiente de transposición a nuestro ordenamiento nacional».

Y, por último, se concluye que «como consecuencia de lo expuesto, en los informes resueltos en el ejercicio que nos ocupa y en relación con las liquidaciones practicadas, solo se ha considerado como buena práctica el cálculo de intereses utilizando períodos uniformes y, por lo tanto, se ha reputado contrario a una buena praxis financiera el uso de una metodología que combine en la misma fórmula el cómputo del tiempo en años naturales y comerciales para calcular el devengo de los intereses. Con carácter adicional al criterio expuesto, también se ha de tener en consideración la información precontractual que se ha facilitado al deudor –o, en su caso, al acreedor cuando nos refiramos al caso menos frecuente del producto de pasivo– respecto de la potencial aplicación de la referida fórmula. En este sentido, el DCMR considera que el hecho de que no conste en la información previa de manera clara la fórmula que se debe emplear para el cálculo de intereses, detallando de manera explícita la base que se ha de utilizar para su cálculo, supondría una conducta apartada de las buenas prácticas financieras. Asimismo, conviene recordar que existe un elemento que, en general, permite la comparación entre entidades que aplican año natural en el numerador y comercial en el denominador, o año comercial o natural en ambas partes de la fracción: se trata de la TAE o «tasa anual equivalente», la cual, en igualdad de condiciones en cuanto a las comisiones que deben incluirse en aquella y el tipo de interés nominal aplicable, será más alta en el primer caso que en el segundo, proporcionando al cliente un imprescindible elemento de juicio a la hora de comparar y de decidir con quién contratar su operación. Hay que advertir, no obstante, de que puede suceder que la TAE se calcule en estas operaciones sin tener en cuenta el mencionado cambio de base, actuación que es considerada por el DCMR contraria a las buenas prácticas bancarias».

En supuesto objeto de esta resolución, la fórmula de cálculo aplicada utiliza en el numerador y en el denominador períodos de duración uniformes; y, además, en la información precontractual, como se ha señalado en un considerando anterior, consta de manera clara la fórmula que se debe emplear para el cálculo de intereses, detallando de manera explícita la base que se ha de utilizar para su cálculo; por lo que debe considerarse que la cláusula recogida en el contrato es transparente y ajustada a la legalidad.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del

juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 21 de junio de 2019.—El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.