

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

1088 *Resolución de 4 de enero de 2016, 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 Torredembarra, por la que se deniega la inscripción de ciertos pactos en una escritura de préstamo hipotecario.*

En el recurso interpuesto por don Ricardo Cabanas Trejo, notario de Torredembarra, contra la nota de calificación del registrador de la Propiedad de Torredembarra, don Vicente José Prado Gascó, por la que se deniega la inscripción de ciertos pactos en una escritura de préstamo hipotecario de la entidad «ING. Bank NV».

Hechos

I

Mediante escritura otorgada ante el notario de Torredembarra, don Ricardo Cabanas Trejo, el día 29 de julio de 2015, protocolo 751/2015, se formalizó una hipoteca en garantía de un préstamo hipotecario a favor de la entidad «ING Bank NV».

II

Presentada en el Registro de la Propiedad de Torredembarra, fecha de presentación 29 de julio de 2015, retirado y devuelto el día 9 de septiembre de 2015, asiento de presentación 1405 del Diario 67, fue objeto de la siguiente nota de calificación de fecha 1 de octubre de 2015: «(...) Hechos: La Escritura de préstamo hipotecario presentada parece estar dentro del ámbito de aplicación de la normativa de consumidores por las manifestaciones en ella contenidas y se ha redactado conforme a minuta facilitada por el banco, existiendo un pacto de interés de demora de 7,5 puntos el ordinario aplicable con el límite de tres veces el interés legal del dinero, sin embargo a efectos hipotecarios se sitúa en el 15%. A nuestro juicio, en relación a los intereses de demora, parece adaptarse al art. 114 LH pero no al Código de Consumo de Cataluña (de 20 de Julio de 2010 tras la reforma de 2014 que entró en vigor el 31 de marzo de 2015) ya que el art. 251-6 impone un interés de demora máximo fijo (3 veces el legal en la firma, es decir 10,5%) sin perjuicio de admitirse variaciones a la baja, apreciándose el siguiente defecto: 1. Especialidad y abusividad. Aparece un interés de demora en el pacto de constitución de hipoteca de un 15% que no concuerda con el de demora del clausulado y que además excede de la limitación máxima legal del 10,5%, considerándose cláusula abusiva y por tanto nula de pleno derecho, debiendo rectificarse el clausulado para que pueda, a nuestro entender, acceder al Registro de la Propiedad. No obstante, podría practicarse la inscripción parcial a solicitud del interesado. Fundamentos de Derecho I. El Principio de calificación registral del art. 18 y 19 LH y 99 y ss. RtoH cuyo tenor dispone que los Registradores calificaran, 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 contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro. Este principio legal de calificación por el registrador se reconoce expresamente en cuanto a los “documentos públicos autorizados o intervenidos por notario” por el artículo 143 del Reglamento Notarial, al establecer que los efectos que el ordenamiento jurídico les atribuye “podrán ser negados o desvirtuados por los Jueces y Tribunales y por las administraciones y funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias”. Impugnada esta redacción según el Real Decreto 45/2007 de 19 de Enero, ha sido continuada expresamente por el Tribunal Supremo en Sentencia de 14 de

octubre de 2008. Además el Tribunal Constitucional en Sentencia STC 207/1999, de 11 de noviembre de 1999 que “la función calificadora que realiza el registrador de la Propiedad comporta, asimismo, un juicio de legalidad, atinente no sólo a la legalidad formal o extrínseca del documento o título inscribible sino también, como establece el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, a la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro”. II. En relación al ámbito de aplicación concreto: Los intereses de demora, son aquellos que se devengan como sanción en el caso de incumplimiento de la obligación, garantizada con una hipoteca de seguridad a diferencia de los intereses ordinarios que se garantizan con una de tráfico (RDGRN de 23 y 26 de octubre de 1987) actuando como una especie de cláusula penal según Y. S. El art. 114 LH introducido por la Ley 1/2013 y el artículo 251-6 del Código de Consumo introducido por la reforma de 29 de diciembre de 2014 establecen unos límites máximos que de firmarse la escritura y producirse la demora hoy, coincidirían: tres veces el interés legal, es decir 10,5%; aunque indiquen distintos supuestos de hecho y en caso de producirse la demora en un momento posterior serían diferentes con toda probabilidad. A diferencia del ámbito de aplicación de la regulación de derecho común en que las limitaciones legales en el pago de los intereses de demora es de tres veces el interés legal en el momento de producirse el impago (es decir, un interés indeterminado en el momento presente) y se refieren a préstamos hipotecarios, obtenidos por consumidores personas físicas (art. 2 Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993) y destinados a financiar la adquisición de viviendas habituales (art. 114 LH). En la regulación autonómica, la Generalitat parece ir más allá de esta protección a los consumidores: – Primero, al situarse la limitación legal en el pago de los intereses de demora de tres veces el interés legal en el momento de la firma no del impago (es decir, un interés determinado en el presente del 10,5%) y – Segundo porque el ámbito de aplicación es mucho más amplio y se refiere a préstamos hipotecarios realizados por acreedores profesionales que actúan dentro de su actividad pública o privada (es decir tanto los sujetos a la Ley 2/2009 de 31 de marzo como los realizados por Bancos, Cajas, cooperativas, entidades financieras etc., dejando fuera únicamente los préstamos en garantía de fraccionamientos tributarios o en pago de deudas por ejemplo) obtenidos por consumidores sean personas físicas o jurídicas (art. 111.2 Código de Consumo) y sin distinguir su articulado si debe además destinarse a la adquisición de primera, segunda u ulterior residencia y sin necesidad de que sea vivienda habitual o no (art. 251.6 Código de Consumo). No sólo debemos destacar que la ley catalana no distingue y por tanto donde el tenor literal e interpretación auténtica y sistemática del articulado de la ley no distingue, no podemos hacerlo nosotros, sino que además expresamente señala el articulado que se trata de una cláusula abusiva de origen legal, distinguiéndola por tanto de las de origen jurisprudencial, pero con la misma sanción de nulidad de pleno derecho al tratarse de infracción de una norma imperativa, planteándose la disyuntiva de los efectos de dicha nulidad, antes reseñados. Además aunque haya intereses de demora a efectos obligacionales y otros a efectos hipotecarios respecto de terceros, son los mismos intereses con un límite distinto y la calificación registral entendemos, se ha de extender a los primeros, por tratarse de condiciones financieras esenciales al préstamo hipotecario y a los segundos, por ser el contenido mismo del derecho real de garantía. Los intereses de demora que superen dichos límites hoy, sean intereses obligacionales o reales, o que podrían superarlos en el futuro, serían abusivos y por lo tanto la cláusula debería apreciarse como nula por disposición legal y evitarse su acceso al Registro. Recapitulando el Código de Consumo de Cataluña señala varias singularidades en su ámbito de aplicación: A. Subjetivas, ya que el art. 111.2 CCC extiende la protección a personas físicas y jurídicas que sean consumidores. B. Objetivas, ya que en lugar de señalar los requisitos de la abusividad como en derecho común, opta en el art. 251.6 CCC (de naturaleza parece que imperativa) por un catálogo de cláusulas abusivas por ministerio de la ley como otros países de nuestro entorno. Destacamos: – En relación a la demora, que tiene su límite en tres veces el interés legal en el momento de la firma no del impago, por tanto fijado el límite ab initio. – No cabe cláusula suelo sin techo determinado (lo que parece ser un reflejo en el ámbito de consumidores del principio de

especialidad). – Dos reglas de proporcionalidad: la del 50% y la de 5 puntos entre el suelo y el techo. C. Formales, el art. 123 CCC establece que los notarios, en el marco de sus obligaciones legales, además de comprobar que, en las escrituras relativas a créditos o préstamos hipotecarios, no se incluyen cláusulas que en otros casos hayan sido declaradas nulas judicialmente por haber estado consideradas abusivas, deben velar por el respeto de los derechos que la presente ley otorga a las personas consumidoras que son deudores hipotecarios. En el ámbito de su función los registradores denegarán la inscripción de las cláusulas declaradas nulas por disposición legal o sentencia judicial conforme a la normativa y jurisprudencia de protección de consumidores que luego abordaremos, en particular al art. 258.2 LH. El Notario, es el funcionario que está presente en el momento de conformarse la declaración de voluntad y al aplicar el Código de Consumo de Cataluña, hace las advertencias legales de los límites del interés de demora a efectos hipotecarios superior al legal, aunque no alude a la sanción de nulidad de pleno de derecho. Por tanto, la diferente concepción notarial y registral parece estribar sólo en el distinto alcance y efectos de la naturaleza abusiva del clausulado por disposición legal. La concepción notarial permitiría otorgar una escritura con cláusulas abusivas advirtiendo de su existencia, mientras la concepción registral de calificación suspensiva evitaría la inscripción de una hipoteca con cláusulas abusivas de origen legal o jurisprudencial por protección de los consumidores. Como operadores jurídicos, creo que debe aplicarse cumulativamente toda la normativa, la común y la autonómica, evitando que acceda una cláusula suelo sin límite techo que guarde la proporcionalidad legal exigida, ya que no cabe una inscripción con advertencias de cláusulas abusivas o una cláusula es abusiva por disposición legal o judicial o no lo es. III. La extensión de la calificación registral tras las reformas legales de protección de consumidores operadas y la jurisprudencia del TS y del TJUE en relación a los extremos señalados en los hechos, ha de hacerse por el registrador en el momento de la constitución e inscripción del derecho de garantía, por varias razones que ahora desarrollamos: 1. La naturaleza de inscripción constitutiva del derecho de hipoteca conforme al ordenamiento jurídico español; es decir, si no está inscrita, la hipoteca no existe jurídicamente, así se afirma desde: – El punto de vista doctrinal, R. S. y G. G. al hablar ambos de la hipoteca como un derecho real de “constitución registral”. La define el primero como un “derecho real de realización de valor en función de garantía de una obligación pecuniaria, de carácter accesorio e indivisible de constitución registral que recae directamente sobre inmuebles ajenos y enajenables que permanecen en posesión del propietario”. Queda pues superada la tesis doctrinal de S. y N. L. que afirmaban que lo que era constitutivo era la escritura, imponiéndose la doctrina más autorizada y la interpretación literal, sistemática e histórica que la configura como un derecho de constitución registral. – El punto de vista legal, siguiendo una interpretación literal, sistemática e histórica que decimos resulta del art. 1875 Cc, 145 y 159 LH, junto al art. 130 LH que luego desarrollaremos, y sin que las reformas legales y jurisprudencia del TS haya afectado a la existencia y vigencia de estos artículos y por ende a la naturaleza constitutiva de la hipoteca. – El punto de vista jurisprudencial, el valor de la calificación registral en las hipotecas dada su naturaleza constitutiva se ha puesto de manifiesto en la interpretación del principio de especialidad del art. 12 LH, superándose la Resolución de la DGRN de 24 de Julio de 2008, por la doctrina actual de la DGRN (vide R 18 noviembre de 2013) tras la ST AP Tarragona I abril de 2011 confirmada ulteriormente en este punto y la STS 2013 y también puesta en valor por el STS de 16 de diciembre de 2009 y ulteriores de 2012 y 2013 y más recientemente por la STJUE 14 de marzo de 2013. 2. Posible nulidad de cláusula abusiva contraria a norma imperativa o prohibitiva o a los pronunciamientos de los Tribunales y la depuración jurídica a través de la calificación registral de lo que en el Registro se pretende inscribir por las drásticas consecuencias que derivan de los asientos del Registro. Dentro de la Teoría General de los Contratos, la nulidad es una causa de ineficacia originaria y estructural que se produce por la falta de uno de los elementos esenciales del contrato o cuando existe abusividad en el clausulado o se infringe una norma imperativa o prohibitiva (art. 6 CC). El control de contenido para que una cláusula sea abusiva, para B. P. R. (RCDI núm. 749, págs. 1099-1142) conforme a la LCU 26

julio 1984; Directiva 93/13; Ley 28 de octubre de 2002; Ley 29 diciembre de 2006; TR 16 noviembre 2007 y la modificación de la Ley 27 marzo de 2014 para trasponer la Directiva 2011/83/UE, tiene tres requisitos: – Que el contrato se haya celebrado entre profesional y consumidor, como ocurre en nuestro supuesto de hecho, entidad bancaria y consumidor persona física (art. 111 CCC y art. 2 Directiva 13/1993). – Que no haya existido negociación individual sobre el contenido contractual sino imposición, en nuestro supuesto parece claro que es una contratación en masa impuesta porque la minuta ha sido suministrada por el Banco y es idéntica a la minuta empleada con carácter general por esta entidad. – Que la cláusula sea contraria a la buena fe y produzca un desequilibrio importante entre las prestaciones, en nuestro caso tan sólo se puede señalar que la entidad bancaria tenía conocimiento de la abusividad de la cláusula por disposición legal catalana y aun así se ha otorgado la escritura con una advertencia o información notarial. El problema para G. R. A. (RCDI núm. 749, pág. 1565 a 1583) estriba en determinar las consecuencias de la cláusula abusiva en el negocio jurídico, distinguiendo tres opciones en base a las conclusiones públicas del Consejo General del Poder Judicial: – Moderar la cláusula, recalculando al tipo legal e integrar el contrato como parece admitir la STJU 21 enero 2015, decimos sólo parece porque para B. G. hemos de diferenciar como también hace la Sentencia entre cláusula negociada e impuesta, refiriéndose el recalcular a las negociadas únicamente; manteniendo la nulidad del clausulado abusivo impuesto a personas consumidoras. – No aplicar la cláusula y que subsista el resto del contrato como se reafirmaba por las STJUE 14 marzo 2013 entre otras y las STS, para que el predisponente no tenga los beneficios aunque a sabiendas hubiera introducido una cláusula abusiva. – No aplicar la cláusula y si fuera esencial, declarar la nulidad de todo el contrato, sin duda el efecto más fuerte. La depuración jurídica a través de la actuación del registrador vedaría el acceso al Registro de una cláusula aquejada de nulidad. Si alguna cláusula de la hipoteca es abusiva o infringe o puede infringir una norma imperativa o prohibitiva, conforme el art. 6 CC, dados los efectos de la inscripción y las drásticas consecuencias que produce la publicidad registral, se procura a través de la calificación registral que dichos actos inexistentes, nulos o anulables no tengan acceso al Registro, exigiendo para ello unos requisitos previos a la inscripción que garanticen una cierta depuración de lo que en el Registro se inscribe. Creemos que este criterio se ha visto reforzado actualmente: – Desde un punto de vista doctrinal: Porque el principio de legalidad, del cual la calificación registral es su consecuencia jurídica según V. P., se define como “aquel en cuya virtud sólo pueden tener acceso al Registro los títulos que reúnan los requisitos establecidos para ellos en las leyes”. Y porque como dicen C. y B., nuestra LH dados efectos de la inscripción y las drásticas consecuencias que produce (derivadas fundamentalmente del principio de publicidad registral, en su vertiente formal y material), procura que los actos inexistentes, nulos o anulables no tengan acceso al Registro, exigiendo para ello unos requisitos previos a la inscripción a través de la calificación. – Desde un punto de vista legal y jurisprudencial: El art. 6 Cc, en relación al art. 12 LH y 258 LH y sobre todo la reforma operada por Ley 1/2013 de 14 de mayo (modificada el 26 de Junio), el TR Ley de Consumidores y Usuarios 16 noviembre 2007, la Ley 2/2009 de 31 de enero y finalmente el Decreto Ley 29 de diciembre de 2014 que modificó el Código de Consumo de Cataluña aprobado por Ley 22/2010 de 20 de Julio, aplicables a la presente hipoteca junto a la jurisprudencia del TS 20 enero 2014 y 8 de septiembre 2014 entre otras, de la doctrina de la STJUE y de la RDGRN 01/10/2010; 6/10/2014 y 22/1/2015 junto a los arts. de la LH y 693 y concordantes de la LEC. En el derecho comparado el control de contenido de las cláusulas abusivas se encuentra regulado, bien mediante la creación de Códigos de Consumo, bien mediante su inclusión en los Códigos Civiles, dando una definición de consumidor y de cláusula abusiva mediante listado (como ocurre en Cataluña con su Código de Consumo) o con requisitos objetivos (como ocurre en derecho común). Así ocurre en Alemania arts. 307 y siguientes BGB, en Italia en el creado Códice de Consumo artículos 33 a 38, lo mismo en el Code de la consommation francés 131 a 134 y lo mismo en el derecho inglés con el Unfair Terms in consumer Contracts Regulation de 1994. En el ámbito de derecho común también creemos que existe suficiente amparo legal y

jurisprudencial: El artículo 18,1 de la Ley 2/2009 de 31 de enero relativa a la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación de contratos de préstamo y crédito, que establece que “Los registradores denegarán la inscripción de las cláusulas de las escrituras públicas de préstamo o crédito hipotecario cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley”. Una cláusula nula de pleno derecho introducida entre el negociado de la hipoteca por el predisponente es abusiva por ir en contra del orden público económico conforme a los arts. 82, 83 y 84 TR Consumidores y Usuarios 16 noviembre 2007, así la STS 16 de diciembre de 2009 declaró abusivas alguna de las cláusulas hipotecarias y señalaba que podía ser utilizada por el registrador en su calificación, aunque aún no se hubieran inscrito en el Registro de Condiciones Generales. Según el art. 82.1 TRLGDCU: “Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”. Dispone el art. 83.1 TRLGDCU: “Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas”. A este respecto, en relación a la interpretación sistemática del artículo 84 TRLGDCU de 2007, entendemos que la calificación por el registrador de la Propiedad del carácter abusivo de cláusulas concretas de la escritura puede fundarse en una sentencia (cláusula abusiva de origen judicial) o en una disposición legal (cláusula abusiva de origen legal), incluso aunque la sentencia no haya accedido a ese Registro especial por las siguientes razones: – Tratándose de sentencias del Tribunal Supremo porque la jurisprudencia de este órgano judicial constituye una fuente complementaria del ordenamiento jurídico –artículo 2,6 del Código Civil–, que debe ser aplicada por todos los operadores jurídicos sin necesidad de ulteriores requisitos formales (la STS 16 de diciembre de 2009 mentada). Según STJUE 14 de marzo de 2013 y el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de septiembre de 2010 declaró abusivo un interés del 29%, y en Sentencia de 22 de febrero de 2013 consideró como tal el 22% y RDGRN 18/11/2013, pudiendo considerarse el umbral jurisprudencial de la abusividad cuando sean intereses superiores al 22%. Destacando también la jurisprudencia menor de la AP Castellón de 18 de diciembre de 2013 que entiende que la sanción de una cláusula abusiva es su nulidad y que no cabe facultad moderadora judicial, la AP Zamora 4 junio 2014 entiende abusivos los fijados en el 19%, y en el mismo sentido del 19% se fija la abusividad por la de AP Girona en 22 de diciembre de 2014; la AP Córdoba de 20 de junio de 2014 lo sitúa en el 18% y las de Madrid 7 de febrero de 2014 y Barcelona 12 diciembre de 2013 declaran abusivos los que estén por encima de los límites legales. – El principio de efectividad de las Directivas europeas que en materia de consumidores – Directiva 13 de 1993– y de cláusulas abusivas implica, como resulta de Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009 y 14 de junio de 2012, entre otras, que “las cláusulas contractuales abusivas no vinculan al consumidor sin que, a este respecto, sea necesario que haya impugnado con éxito tal cláusula ante los tribunales” y “la obligatoriedad de los funcionarios públicos de entrar a calificar el carácter abusivo de cláusulas contractuales en el ejercicio de sus funciones”, doctrina que, igualmente, parece excluir cualquier necesidad de requisitos formales que condicionen la efectividad de la normativa de protección de los consumidores y de las sentencias dictadas en su aplicación. – Que tengan un carácter abusivo valorable objetivamente (arts. 85 a 90 LGDCyU) como sería el caso que nos ocupa en que el origen es de tipo legal, aunque no se hubiera declarado por los tribunales, es decir, que no respondan a un concepto jurídico indeterminado y exijan, por tanto, una ponderación de las circunstancias del supuesto concreto, pues en tal caso la competencia para determinar su abusividad es exclusiva de los jueces. El fundamento de esta calificación se encuentra en el mismo principio de efectividad de la normativa europea de protección de los consumidores antes expuesto. – Las cláusulas no inscribibles por razón de abusividad, no serán exclusivamente aquellas cláusulas concretas que hayan sido declaradas nulas por sentencia judicial firme o que una disposición legal lo determine, sino, también, aquellas otras en que exista una igualdad

de razón o por mejor decir, la misma inexistencia de justa causa. La depuración registral o apreciación de la abusividad por el registrador ha sido destacada también por la Jurisprudencia y la doctrina de la DGRN y en relación a las hipotecas ha de estar conectada con el principio de especialidad del art. 12 LH y el de protección del consumidores del art. 258 LH, que ya destacábamos. También debe traerse a colación la calificación de las cláusulas de vencimiento anticipado (superándose la Resolución de 24 de Julio de 2008), conforme a la ST AP Tarragona 1 abril de 2011 confirmada en este extremo, a la doctrina del Tribunal Supremo en Sentencia de 16 de diciembre de 2009 y de 9 de mayo de 2013 y a la actual doctrina de la DGRN en Resoluciones de 1 de octubre, 4 de noviembre y 21 de diciembre de 2010 y 11 de enero y 8 de junio de 2011 y 18 de noviembre de 2013. Además señala literalmente la ST de la Audiencia de Tarragona que “Entre las presunciones de que está dotada la escritura pública que incorpora el clausulado discutido, no se encuentra la de legalidad sino tan sólo las de veracidad e integridad, tal y como precisa con claridad el art. 143 del Reglamento Notarial en la redacción dada por el R.D. 45/07 de 19 de febrero, de conformidad con una asentada jurisprudencia del Tribunal Supremo. Tal presunción de legalidad deriva, de distinta manera, de la incorporación del título al Registro, previa calificación del registrador (art. 1, párrafo 3.38 y 18 LH), que en ningún caso puede verse sustituida por la autorización notarial del documento”. Destacamos especialmente la RDGRN de 18 de noviembre de 2013 porque aunque revocaba la calificación en el asunto concreto, reafirmaba la actuación del registrador con carácter general indicando: “El Registrador puede rechazar la inscripción de una cláusula desde luego cuando su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo puede ser apreciado por el registrador”. Apreciación que establece claramente en la RDGRN de 25 de septiembre de 2015: a) Cuando estén incluidas en la lista negra de cláusulas abusivas. b) Cuando sean contrarias a una norma imperativa o prohibitiva que claramente las rechace, abusividad por disposición legal (cfr. art. 6 CC y art. 8.1 LCG o 251-6 CCC); c) Cuando se trate de cláusulas declaradas judicialmente nulas por sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, sin que pueda calificarse negativamente cláusulas abusivas en base a la declaración general de abusividad contenida en el art. 10 bis-art. 82 del TRLGDCU, ya que en tal caso corresponde al juez declarar tal nulidad e integrar en tal caso el contrato. Aunque no sea derecho vigente al tiempo de presentarse la escritura en el Registro, debemos hacer referencia al art. 129 LH redactado por la disposición final tercera de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil que dispone: “f) Cuando el notario considerase que alguna de las cláusulas del préstamo hipotecario que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o que hubiese determinado la cantidad exigible pudiera tener carácter abusivo, lo pondrá en conocimiento de deudor, acreedor y en su caso, avalista e hipotecante no deudor, a los efectos oportunos”. De este artículo parece deducirse que si hay dudas de la abusividad, el Notario deberá informar a los intervinientes en caso de venta extrajudicial, a los efectos de interponer causa de oposición y a sensu contrario si su abusividad resulta clara por disposición legal o jurisprudencial, entendemos que estaría facultado para extraerla del clausulado de la hipoteca que se ejecuta. En cualquier caso, esto no obsta a que el registrador, en el ámbito de su calificación, ejerza el control de legalidad de las cláusulas abusivas, de origen legal o jurisprudencial, para evitar que accedan al Registro y puede iniciarse una ejecución sobre su base, conforme al art. 130 LH como también decíamos en la calificación. En el ámbito de derecho autonómico destacamos la infracción de la normativa imperativa catalana del Código de Consumo de 20 de Julio de 2010, que motiva la calificación y que a semejanza de otros países de nuestro entorno, que se ha potenciado tras reforma de 2014 que entró en vigor el 31 de marzo de 2015, en particular del artículo 251.6, número 4, situado en el Título Quinto del Libro Segundo relativo a “las obligaciones en la prestación de servicios”, se aplica a toda clase de préstamos y créditos: “4. En los contratos de créditos y préstamos hipotecarios se consideran abusivas las siguientes cláusulas: a) Las que incluyan un tipo de interés de

demora superior a tres veces el interés legal del dinero vigente en el momento de la firma del contrato, (es decir 10,5%), b) Las que fijen un límite a la variación a la baja del tipo de interés contratado y tengan al menos una de las siguientes características: 1.^a Que se haya fijado un límite a la bajada del tipo de interés, pero no a su subida. 2.^a Que el límite establecido a la bajada de los tipos de interés sea superior al 50% del valor del índice de referencia aplicable en el momento de la contratación que figure en el contrato, con la única excepción de los límites que se establezcan en el 1%, supuesto en que dicha limitación porcentual del 50% no se aplica. 3.^a Que la diferencia entre el límite fijado en el contrato para la subida y la bajada de los tipos de interés sea superior a 5 puntos". De dicho texto legal extremos: – Que es una norma imperativa autonómica catalana en materia de consumidores, que no parece tenga parangón en otras CC AA por el momento aunque si en derecho comparado como hemos visto (Alemania, Francia, Italia, Inglaterra). – Que el ámbito de aplicación es sustancialmente distinto al del art. 114 LH, no existiendo contradicción alguna sino aplicación cumulativa de ambas si nos encontramos en su supuesto de hecho. – Que no hay interpretación judicial ni doctrinal sobre dicho CCC tras la reforma aludida. – Que no existe norma que pueda considerarse aparentemente contradictoria en derecho común a la abusividad declarada por ministerio de la ley de una cláusula suelo sin techo determinado o con techo sin guardar una determinada proporcionalidad legal. – Que la ley no distingue entre cláusulas financieras e hipotecarias, entre naturaleza obligacional del préstamo y real de la hipoteca, aunque sobre ambas deba recaer la calificación conforme al art. 12 LH y a la Jurisprudencia menor de la audiencia provincial de Tarragona y donde la ley no distingue no parece que debamos hacerlo nosotros. – Que en lugar de señalar requisitos objetivos, la norma directamente enumera un elenco de cláusulas ("numerous clausus") que declara directamente abusivas por ministerio de la ley: limitación máxima del interés de demora a tres veces el legal en el momento de la firma, el suelo sin techo (reflejo del principio de especialidad hipotecaria) o dos supuestos de falta de proporcionalidad entre cláusula suelo y techo, por lo que parece que la publicidad legal haría innecesario: un pronunciamiento jurisprudencial adicional o su inscripción en el registro de Condiciones Generales o que existiera identidad de razón objetiva y razonada con otras cláusulas existentes. En base a la interpretación de la DGRN en R 25 de septiembre de 2015, entendemos: 1. Que la normativa de consumidores catalana, art. 251-6 CCC es aplicable a los consumidores: personas físicas o jurídicas, incluso cuando no se tenga por objeto una vivienda habitual, ya que a diferencia de la normativa estatal, se aplica también a segundas o ulteriores viviendas o incluso a locales, como en el caso que nos ocupa. 2. Ni el Notario ni el Registrador tienen legitimación activa para apreciar la más que posible inconstitucionalidad de una norma ni su falta de adecuación al derecho y jurisprudencia europea, que permite a cada Estado legislar con requisitos objetivos determinantes de la abusividad o estableciendo un numerous clausus de clausulados abusivos, pues eso compete a los tribunales. 3. El precepto objeto de recurso es una norma de derecho catalán cuyos efectos civiles, tanto en relación con los consumidores como en relación con el préstamo hipotecario objeto de inscripción, son cuestiones que competen al Estado. 4. Entre las distintas sanciones a una cláusula abusiva que destacábamos más arriba de: nulidad del contrato entero, moderación de la cláusula o nulidad e inaplicación de la cláusula concreta; opta el Centro Directivo por la última, con subsistencia del contrato. En definitiva, el Centro Directivo declarada la abusividad de una cláusula por disposición legal imperativa o prohibitiva (como ocurre además de con los intereses de demora, con la cláusula suelo sin techo proporcional en el 251.6 CCC), la calificación registral debe extenderse a la misma para que no pueda aplicarse, debiendo tener efectividad el resto del contrato con supresión de la abusiva, siendo lo más prudente para su eliminación, solicitar la inscripción parcial del documento, como también se hizo constar en la calificación. El tenor literal e interpretación auténtica y sistemática del articulado de la ley catalana en relación a la doctrina y jurisprudencia examinada hasta la fecha, nos conducen a que nos encontramos con una cláusula de interés de demora en el pacto de constitución de hipoteca abusivas desde un punto de vista legal, distinguiéndola por tanto de las de origen jurisprudencial, pero con la misma

sanción de nulidad de pleno derecho al tratarse de infracción de una norma imperativa; pero resultando claro que la calificación registral ha de evitar que accedan al Registro de la Propiedad hipotecas con tales clausulados abusivos. En definitiva, debería ser un hecho incontrovertido, que en nuestro ordenamiento jurídico (conforme a las Directivas Comunitarias y su interpretación por el TJUE, la legislación vigente de protección de consumidores en derecho común y autonómico, Código Civil y Legislación hipotecaria, jurisprudencia del TS y jurisprudencia menor de AP y doctrina de la DGRN) la calificación registral se extienda a la validez del negocio jurídico y por ende el Registrador debe depurar las cláusulas abusivas, ya sean de origen legal o de origen jurisprudencial (que sean firmes o que estén inscritas en el Registro de Condiciones Generales), cuya inclusión pudiera provocar la nulidad del negocio jurídico, y debe hacerlo interpretando las normas según el sentido propio de sus palabras (interpretación literal), en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo a su espíritu y finalidad, es decir atendiendo a la realidad actual de alarma social que produce el gran número de ejecuciones hipotecarias por impagos de los importes adeudados excesivos (normalmente generados por los elevados intereses de demora o por la existencia de cláusulas suelo sin techo determinado proporcional, que hacen que subsista la deuda personal a pesar de la extinción de la garantía real hipotecaria) y que deriva generalmente en los conocidos desahucios. 3. La importancia, existencia y alcance del art. 130 LH si la cláusula accediera al Registro de la Propiedad sin verificarse su validez. Las reformas operadas no han afectado al tenor del art. 130. “El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo”. Es decir en cualquier momento se puede ejecutar conforme a los datos que obran en el Registro según el art. 130 LH. En este sentido destacamos de nuevo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona que en relación a las cláusulas de vencimiento anticipado, por analogía perfectamente aplicables al caso que nos ocupa al ser también ratificada posteriormente, señalando que “resulta evidente que el párrafo segundo del artículo 12 de la L.H no puede determinar la exclusión de la calificación registral de las cláusulas de vencimiento anticipado si las mismas poseen trascendencia real, pues su inscripción en el Registro de la Propiedad determina su integración en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria, gozando de la presunción de validez y exactitud de los asientos del registro, por lo que han de ser calificadas por quien dota al asiento de tal presunción”, “para que accedan al Registro cláusulas que van a participar de los efectos legitimadores y de fe pública, resulta imprescindible que se actúen los filtros de legalidad sancionados por el legislador y con carácter inexcusable, el control de legalidad, dada la autonomía e independencia que conlleva tal función, siendo decisivo el argumento que proporciona la Sala Primera del Tribunal Supremo, y que recogen las Resoluciones DGRN al reconocer el papel decisivo del Registrador en presencia de una cláusula abusiva, al confirmar la entidad propia de la actividad registral respecto de la judicial y diferenciar entre nulidad y no inscribibilidad de una cláusula”. Acuerdo: En su virtud, resuelvo suspender la inscripción solicitada por la concurrencia del defecto o defectos mencionados. Todo ello sin perjuicio del derecho de los interesados de acudir a los Tribunales de Justicia para contender y ventilar entre sí sobre la validez o nulidad de los títulos calificados. Notifíquese al interesado y al funcionario autorizante del título calificado en el plazo máximo de diez días hábiles. Este acuerdo de calificación negativa (...) Se firma la siguiente en Torredembarra a 1 de Octubre de 2015. Víctor J. Prado Gascó (firma ilegible) Registrador de la Propiedad».

III

Contra la anterior nota de calificación el notario autorizante, don Ricardo Cabanas Trejo, interpuso recurso en virtud de escrito de fecha 8 de octubre de 2015, en base a los siguientes argumentos: «Hechos: 1.º Que en la fecha indicada autoricé la escritura de la que adjunto copia firmada electrónicamente al objeto de este recurso. 2.º Que dicha escritura fue presentada en el Registro de la Propiedad competente. 3.º Que ha sido

objeto de calificación negativa de fecha 1 de octubre de 2015, recibida el día 7 de octubre de 2015, que se adjunta. 4.º Que no estando de acuerdo con dicha calificación interpongo recurso gubernativo sobre la base del siguiente Fundamento de Derecho: No precisa mucha justificación este recurso. La cláusula sexta referida al interés de demora respeta escrupulosamente todos los límites legales referidos al interés de demora, desde el momento en que declara de forma expresa que el interés resultante de sumar al de referencia 7'50 puntos porcentuales, queda sujeto al límite máximo de tres veces el interés legal del dinero, "o el que en su momento establezca la normativa vigente aplicable al préstamo". Por tanto, sea esa normativa el Código de Consumo de Cataluña en su actual redacción (contra la cual se ha interpuesto recurso de inconstitucionalidad, en este momento pendiente de publicación en el BOE la suspensión), o cualquier otra que se promulgue en el futuro, el interés de demora deberá ajustarse a la baja al límite que legalmente resulte de aplicación. A partir de aquí, ningún inconveniente hay en que se fije la cifra de responsabilidad con arreglo a un tipo máximo fijado de antemano, por la posible variabilidad del tipo finalmente aplicable, y por su propia naturaleza de «máximo» a efectos hipotecarios, en absoluto implica su devengo en esa cuantía. Simplemente, que si los límites legales permitieran un interés demora superior al 15 %, el exceso no quedaría cubierto por lo hipoteca. Pero, si en aplicación de esos mismos límites el interés demora ha de ser inferior, no se devengaría el 15 %, sino el más bajo. Por todo ello, solicito se sirva admitir este recurso y ordene, si procede, la revocación de dicha calificación negativa, en los términos en que se ha formulado el recurso».

IV

El registrador emitió informe el día 19 de octubre de 2015, confirmó la nota de calificación y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 51 y 149.1 números 1.º, 6.º, 8.º, 11.º y 13.º de la Constitución Española; 1109, 1129 y 1256 del Código Civil; 12, 18, 19 bis, 27, 98, 107, 110.2, 114, 129.2.c, 130, 143, 324 y 326 de la Ley Hipotecaria; 7, 9, 51.6, 234.1.3.^a, 235, 238 y 241 del Reglamento Hipotecario; 517.2.4 y 682 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil; 3 y 83 a 91 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; 1, 3 y 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación; 1 y 18 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito; 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; 2 y 19 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; 3 de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo; 3 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; 28, 34, 49, 113, 120-2, 123, 126-3 y 147-2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña; 251-6, 333-1, 333-7 y 333-10 de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña; 1, 3-3 y 3-4 de la Ley 5/2009 del Parlamento de Cataluña; las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de marzo de 2013 y 21 de enero de 2015; las Sentencias del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1981, 17 de mayo de 1985, 30 de junio de 1991, 23 de septiembre de 2004 y 16 de enero de 2014; las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1996, 24 de febrero de 1997, 9 de marzo de 2001, 4 de julio y 12 de diciembre de 2008, 27 de mayo y 16 de diciembre de 2009 y 9 de mayo y 13 de septiembre

de 2013, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de mayo de 1987, 16 de julio de 1996, 28 de enero de 1998, 18 de junio de 2004, 2 y 3 de septiembre y 5 de octubre de 2005, 19 de abril y 27 de junio de 2006, 19, 22, 24 y 25 de marzo de 2008, 1 de octubre y 4 de noviembre de 2010, 11 de enero, 8 de junio, 16 de agosto y 11 de noviembre de 2011, 26 de abril y 20 de junio de 2012, 19 de septiembre y 28 de noviembre de 2013, 5 de febrero, 25 de abril, 23 de julio, 1 de agosto, 9, 13 y 29 de septiembre y 2, 3, 4, 6 y 9 de octubre de 2014 y 30 de marzo, 28 de abril, 25 de septiembre, 9 y 10 de octubre y 17 de noviembre de 2015.

1. En el presente expediente, dados los términos del recurso interpuesto, la cuestión debatida estriba en analizar si se ajustan o no a Derecho las razones jurídicas aducidas por el registrador en su calificación para denegar la inscripción de las concretas cláusulas de la escritura de préstamo hipotecario relativas al devengo de intereses moratorios, y la relativa a la constitución de hipoteca en cuanto a la responsabilidad hipotecaria por dichos intereses moratorios. Concretamente los defectos recurridos son los siguientes: a) que la cláusula sexta de fijación de los intereses moratorios no respeta los límites señalados en el Código de consumo de Cataluña que los restringe a tres veces el interés legal del dinero vigente en el momento del otorgamiento de la escritura de constitución de hipoteca, es decir, en el presente supuesto del 10,5% fijos durante toda la duración de la misma, y b) Partiendo de ese interés fijo legal, que la cláusula novena de constitución de hipoteca no se ajusta a los intereses moratorios exigibles ya que aparece un interés de demora máximo de un 15% que no concuerda con el de demora del clausulado y que además excede de la limitación máxima legal del 10,5%.

Las cláusulas en discusión establecen, en cuanto a lo que interesa al presente recurso, lo siguiente: en la cláusula sexta de la escritura de préstamo hipotecario se fija como interés de demora «el resultado de sumar siete puntos y cincuenta centésimas de otro punto porcentual al euribor empleado para el cálculo del tipo de interés ordinario en cada momento, con el límite máximo de tres veces el interés legal del dinero, o el que en su momento establezca la normativa vigente aplicable al presente préstamo», y en la cláusula novena, en lo relativo a la responsabilidad hipotecaria por intereses moratorios, se garantiza «el pago de los intereses de demora convenidos en la estipulación sexta, limitándose igualmente esta responsabilidad, a efectos de lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, hasta un máximo de treinta y cinco mil cuatrocientos euros con cero céntimos (35.400,00 euros). Habiéndose calculado al tipo máximo del 15,00%».

Debe tenerse en cuenta, además, que en este supuesto concurren las siguientes circunstancias: el prestamista es una entidad profesional de financiación, los prestatarios son personas físicas, la finca gravada es una vivienda, y la finalidad del préstamo, según expresamente se manifiesta en la estipulación séptima, es «la adquisición onerosa de la vivienda que luego se describe, que constituye su residencia habitual.»

2. Con carácter previo se plantean en el recurso dos cuestiones que es necesario abordar: 1.º El órgano competente para resolver el recurso (la Dirección General de Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia o la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas de la Generalitat de Cataluña) dado que el fundamento de derecho de la denegación registral de la cláusula cuestionada se apoya exclusivamente en un artículo del Código de Consumo de Cataluña, y 2.º La posibilidad de utilización en la calificación registral de una norma dictada por una Comunidad Autónoma cuando existe una aparente vulneración de las competencias constitucionales sobre la materia, y sus efectos sobre la inscripción mientras tal norma esté vigente.

Estas cuestiones ya fueron analizadas, a raíz de un recurso interpuesto por el mismo notario contra una calificación del mismo Registro, en la Resolución de 25 de septiembre de 2015 y reiteradas en otras cinco Resoluciones posteriores de fechas 9 (dos) y 10 (dos) de octubre y 17 de noviembre de 2015 sobre la misma materia, y cuyo contenido pasamos a reproducir en lo pertinente.

Antes de ello conviene aclarar que se procede a resolver todas las cuestiones que plantea el recurso, no obstante, la suspensión de la norma objeto de aplicación —el artículo

251-6, número, 4 del Código de consumo de Cataluña– por providencia del Tribunal Constitucional de 6 de octubre de 2015, que admite a trámite el recurso de inconstitucionalidad 5459/2015 presentado por el Gobierno de España contra el citado Código y suspende la vigencia, entre otros, del citado artículo; porque dicha suspensión carece de efectos retroactivos y entró en vigor respecto de terceros el día 9 de octubre pasado, fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

3. Competencia para resolver este recurso. No cabe duda que la cuestión de la «protección de consumidores y usuarios» se trata de una materia transversal cuya regulación aparece en combinación con otros sectores de actividad que se relacionan con ella, como puede ser la legislación civil, registral, mercantil, financiera, etc.; por lo que la resolución de esta cuestión previa que nos ocupa exige el análisis de las concretas competencias que ostentan el Estado y las Comunidades Autónomas en esta materia de la «defensa de consumidores y usuarios» y la subsunción del hecho concreto objeto del expediente en el contexto normativo adecuado.

Así, la legislación estatal en materia de consumo viene constituida fundamentalmente, con el carácter de normativa básica aplicable a todo el territorio nacional, por Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación; el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito; la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, 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; la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social –que recoge normativa sobre los intereses moratorios y las denominadas cláusulas suelo, entre otras– y, por último, la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. El título competencial del Estado en el ámbito de todas estas normas se encuentra recogido en los números 1.º, 6.º, 8.º, 11.º y 13.º del artículo 149.1 de la Constitución Española que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre las siguientes materias: condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos; legislación mercantil; legislación civil en materia de bases de las obligaciones contractuales y ordenación de los registros; bases de la ordenación del crédito, banca y seguro; y bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, respectivamente, según recogen las disposiciones finales primeras de la Ley sobre condiciones generales de la contratación y de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la disposición final segunda de la Ley 2/2009, la disposición final cuarta de la Orden EHA/2899/2011 o la disposición final tercera de la Ley 1/2013.

En aplicación de estas competencias exclusivas, especialmente de las referidas a la materia de fijación de las bases de las obligaciones contractuales, de ordenación de los registros e instrumentos públicos y de ordenación del crédito y de la banca, las normas citadas han tenido como objeto establecer un régimen jurídico uniforme de protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de todo el Estado, entre cuyas normas básicas se encuentran la proclamación de la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas de los contratos de préstamo y crédito hipotecarios con subsistencia del contrato (artículos 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y 8 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación) y la determinación de los límites de las cláusulas hipotecarias y los requisitos de transparencia contractual de las mismas para que puedan acceder al Registro de la Propiedad (ej. artículos 84 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, 114 Ley Hipotecaria o 6 de la Ley 1/2013).

Por su parte la Comunidad Autónoma de Cataluña regula la materia de «consumo» fundamentalmente en el la Ley 22/2010, de 20 de julio, que aprueba el Código de consumo de Cataluña, y por la Ley 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación del Código de

consumo de Cataluña para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios; en uso de la competencia en materia de consumo que le atribuye, según sus respectivos preámbulos, «el artículo 123 del Estatuto de autonomía atribuye a la Generalidad y de acuerdo con lo establecido por los artículos 28, 34 y 49 del propio Estatuto, en el marco del artículo 51 de la Constitución, con relación a la actividad financiera de las cajas de ahorros y de las entidades de crédito a que se refieren los artículos 120.2 y 126.3 del Estatuto (...), y el artículo 113 del Estatuto de autonomía que recoge expresamente la competencia de la Administración de la Generalidad para desarrollar, aplicar y ejecutar la normativa de la Unión Europea que afecte al ámbito de sus competencias».

Pues bien, esas competencias de la Comunidad Autónoma de Cataluña en materia de consumo se circunscriben básicamente a la regulación de órganos y procedimientos de mediación, de los procedimientos administrativos de queja y reclamación, regulación de la información en materia de consumidores, y a los actos de ejecución reglados que le atribuya la legislación estatal sobre la actividad de las entidades de crédito (artículos 123 y 126 del Estatuto de Cataluña). Congruentemente con este ámbito competencial, la legislación catalana no contiene normas acerca de las consecuencias civiles de las cláusulas abusivas sobre la eficacia de los contratos de préstamo hipotecario ni sobre la inscripción registral de los mismos, sino que se limita a establecer unas sanciones en forma de multa e indemnización, en su caso, por daños y perjuicios (artículos 333-1 y 7 Código de Consumo de Cataluña), añadiendo el artículo 333-10 unas medidas complementarias tendentes al cese de la incorporación de dichas cláusulas o a la imposición de una dación en pago «cuando exista una relación directa entre la cláusula abusiva y tal medida».

A este respecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional número 157/2004, de 23 de septiembre, señala que «la STC 71/1982, a propósito de la regulación de lo que deba entenderse por cláusulas contractuales abusivas en perjuicio del consumidor, consideró como de pertenencia estatal la normación de las condiciones generales de contratación o de las distintas modalidades contractuales, e igualmente la de la responsabilidad por los daños originados en la adquisición, utilización o disfrute por los consumidores de bienes, medios o servicios, ya que el régimen de unas y otras materias, incardinado en la legislación civil (artículo 149.1.8 CE), debe ser uno y el mismo para todo el territorio del Estado (FF.JJ 14 y 19). No es, claro está, que a las normas autonómicas no les quepa disciplinar determinados tipos de venta o articular dispositivos preventivos o correctores de los eventuales abusos a que ciertos contratos puedan conducir; de lo que se trata es de que a través de tales normas no se produzca un novum en el contenido contractual o. en otros términos, de que no se introduzcan derechos ni obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas (STC 88/1986, FJ 5). Por último, aun cuando las normas autonómicas persigan, mediante el reforzamiento de las obligaciones del vendedor, la protección del consumidor y del usuario, la determinación del contenido de los contratos y de las acciones por incumplimiento, saneamiento o resolución se inserta dentro de la competencia estatal exclusiva atribuida al Estado por los artículos 149.1.6 y 8 CE (STC 62/1991, FJ 4 e), STC 264/1993, de 22 de julio, FJ 5)».

4. Según el artículo 324 de la Ley Hipotecaria «las calificaciones negativas del registrador podrán recurrirse potestativamente ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en la forma y según los trámites previstos en los artículos siguientes, o ser impugnadas directamente ante los juzgados de la capital de la provincia a la que pertenezca el lugar en que esté situado el inmueble, siendo de aplicación las normas del juicio verbal y observándose, en la medida en que le sean aplicables, las disposiciones contenidas en el artículo 328 de esta Ley. Cuando el conocimiento del recurso esté atribuido por los Estatutos de Autonomía a los órganos jurisdiccionales radicados en la Comunidad Autónoma en que esté demarcado el Registro de la Propiedad, el recurso se interpondrá ante el órgano jurisdiccional competente. Si se hubiera interpuesto ante la mencionada Dirección General, ésta lo remitirá a dicho órgano».

Por su parte, el artículo 147-2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña atribuye a la Generalidad la competencia exclusiva en materia de régimen de los recursos sobre la calificación de los títulos o las cláusulas concretas en materia de derecho catalán que deban inscribirse en un Registro de la Propiedad, Mercantil o de Bienes Muebles de Cataluña, competencia desarrollada por la Ley 5/2009, de 28 de abril, del Parlamento de Cataluña, que, tras su derogación parcial por la Sentencia del Tribunal Constitucional número 4/2014, de 16 de enero, atribuye a la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalidad de Cataluña la resolución de los recursos contra la calificación registral únicamente cuando «las calificaciones impugnadas o los recursos se fundamenten de forma exclusiva en normas del derecho catalán o en su infracción» (artículos 1 y 3.4); añadiendo el apartado 3 del artículo 3 de la misma Ley ordena que «si la persona que presenta el recurso en el Registro lo interpone ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, y el registrador o registradora, manteniendo la calificación, entiende que, en aplicación del artículo 1, es competente la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas, deberá formar expediente en los términos establecidos legalmente y elevarlo a esta última con la advertencia expresa de aquel hecho».

Ello es así porque la citada Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 16 de enero de 2014 en el recurso de inconstitucionalidad 107/2010 planteado contra la Ley catalana 5/2009 entendió que todo lo no incluido en los términos estrictos del precepto competencial estatutario constituye competencia exclusiva e indisponible del Estado, que no puede ser menoscabada a partir de la competencia de la Comunidad Autónoma para la conservación, modificación y desarrollo de su Derecho civil propio, aun cuando hubiera sido objeto de regulación en el Derecho civil catalán; de donde se concluye que la competencia para resolver recursos mixtos, es decir, basados en cuestiones específicas de derecho catalán como, además, en cuestiones de derecho común u otros derechos corresponde a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Por tanto, cuando las calificaciones impugnadas o los recursos se fundamenten, de forma exclusiva, en normas de Derecho catalán o en su infracción deberán remitir el expediente formado a la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña, aun cuando se hayan interpuesto ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. Por el contrario, cuando la calificación impugnada o los recursos se fundamenten además, o exclusivamente, en otras normas o motivos ajenos al Derecho catalán, como es el caso, el registrador deberá dar al recurso la tramitación prevista en la Ley Hipotecaria y remitir el expediente formado a la Dirección General de los Registros y del Notariado en cumplimiento del artículo 324 de la Ley Hipotecaria.

Con base en todo lo expuesto este Centro Directivo se considera competente para resolver el presente recurso ya que la materia discutida no es de Derecho especial catalán, sino que versa sobre la determinación de las consecuencias civiles o contractuales de las cláusulas abusivas de los contratos de préstamo o crédito hipotecario, la calificación registral de tales cláusulas y la regulación de los efectos que la apreciación registral de las mismas tiene sobre su inscripción, lo que es ajeno al Derecho catalán ya que está regulada por disposiciones de ámbito estatal (vid. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de junio de 2004, 27 de junio de 2006, 10 de noviembre de 2011, 26 de abril de 2012, 13 de septiembre de 2014 y 25 de septiembre, 9 y 10 de octubre y 17 de noviembre de 2015). Así lo han entendido también tanto el notario recurrente como el registrador calificador, ya que el primero interpuso el recurso ante esta Dirección General de los Registros y del Notariado y el segundo lo ha remitido a la misma no aplicando el citado artículo 3-3 de la Ley 5/2009 del Parlamento de Cataluña.

5. La cuestión de fondo del recurso reside en la aplicabilidad del límite que a los intereses moratorios de los préstamos hipotecarios impone el artículo 251.6, número 4, del Código de consumo de Cataluña. A primera vista parece que esta materia de la fijación de los límites de los intereses moratorios en las escrituras de préstamo y crédito hipotecario y la determinación de los criterios para apreciar la abusividad de las cláusulas de los contratos celebrados con consumidores, correspondería según los títulos competenciales analizados en el punto 2 a la legislación estatal, dado que es el Estado quien ostenta

competencias para garantizar la igualdad de todo los españoles en el ejercicio de sus derechos y sobre la legislación mercantil, civil –bases de las obligaciones contractuales– y de ordenación del crédito, de acuerdo con el artículo 149.1, materias 1.^a, 6.^a, 8.^a, y 11.^a de la Constitución.

También se ha alegado por sectores doctrinales y ha sostenido el recurrente en otros recursos anteriores sobre la misma cuestión, la posible vulneración por parte del artículo 251.6, número 4, del Código de consumo de Cataluña de la normativa europea de consumidores ya que no se limita a fijar un límite legal a los intereses moratorios sino que impone a los jueces ex lege la declaración de la abusividad de las cláusulas a las que se refiere, lo que supone una limitación del libre ejercicio de las funciones jurisdiccionales en la apreciación de la abusividad, limitación que es rechazada expresamente por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de enero 2015, en los asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13). Así, la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, como ocurre con la legislación estatal española, se limita a proporcionar a la autoridad judicial unos criterios abstractos de valoración y a incorporar una lista indicativa y genérica de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, y no a señalar unos supuestos específicos y determinados como los que recoge el indicado artículo de la legislación catalana.

Ahora bien, el registrador de la Propiedad carece de facultades para analizar la legalidad o constitucionalidad de las disposiciones que ha de aplicar en el ejercicio de su función, sino que debe limitarse a apreciar la validez de los actos dispositivos atendiendo al ordenamiento jurídico vigente y aplicable en cada momento, ya sea éste comunitario, estatal o autonómico. Tampoco es el recurso el medio apropiado para apreciar esa posible inconstitucionalidad por lo que, en tanto no se haya presentado por la Administración competente el correspondiente recurso y tenga lugar la suspensión cautelar de la norma o un pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional o el que proceda sobre su inconstitucionalidad o ilegalidad, la norma de referencia debe ser aplicada por el registrador, pues de lo contrario estaría haciendo una dejación de sus funciones (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2005 y 19 de abril de 2006).

Sentado este criterio de aplicabilidad de la norma catalana, debe destacarse, sin embargo, que la determinación de los efectos civiles y registrales de esas normas autonómicas relativas a la cláusulas contenidas en los contratos de préstamo y crédito hipotecario en que estén involucrados consumidores, corresponde a la legislación estatal y, en consecuencia, serán paralelos a los regulados por la legislación sectorial de consumo de ámbito nacional para cada tipo de esas cláusulas, de tal manera que, como ya se trató en las Resoluciones de 25 de septiembre, 9 y 10 de octubre y 17 de noviembre de 2015, respecto a las cláusulas que vulneren la limitación catalana de los intereses moratorios, el efecto civil será la nulidad de pleno derecho y el registral el de su no inscripción de las mismas en todo caso (artículos 8 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación, 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y 114.3.º de la Ley Hipotecaria).

Además, debe tenerse en cuenta que las Comunidades Autónomas, con base en el reparto constitucional previsto en el artículo 149.1 de la Constitución Española, gozan de competencias legislativas en materia de ordenación del crédito (artículo 149.1.11.ª) pudiendo desarrollar la legislación básica del Estado en materia de protección de los clientes de servicios y productos bancarios, siempre que no vulneren la legislación básica del Estado, por lo que en el momento actual la cuestión radica en determinar si la legislación divergente establecida por la Ley 20/2014 del Parlamento de Cataluña se solapa con la legislación básica estatal y hace imposible su aplicación al tener que prevalecer ésta, o si, por el contrario, es posible una aplicación armónica y coordinada de ambas normas.

6. A este respecto debe señalarse que la legislación estatal, tras la Ley 1/2013, regula los intereses moratorios, en lo que ahora nos interesa, en el párrafo 3.º del

artículo 114 de la Ley Hipotecaria que dispone que «los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil»; de donde se infiere que la limitación a los intereses moratorios sólo opera en los contratos del préstamo o crédito hipotecarios destinados a la adquisición de la vivienda habitual del deudor, en este caso, ontológicamente persona física, y en los que se hipoteca dicha vivienda habitual, es decir, no son aplicables a préstamos o créditos hipotecarios con otra finalidad, aunque lo sean con fines de consumo, el deudor tenga la condición de consumidor y la finca hipotecada constituyera su domicilio habitual, y en tales casos el registrador sólo podrá rechazar su inscripción si existiere una resolución judicial firme, en los términos expresados por las Resoluciones relacionadas en el fundamento de Derecho primero, que ya hubiere declarado la abusividad de una cifra concreta de intereses moratorios en el ámbito de los préstamos hipotecarios.

Por su parte el artículo 251-6, número 4, letra a), del Código de consumo de Cataluña en su redacción de la Ley 20/2014 dispone que «en los contratos de créditos y préstamos hipotecarios se consideran abusivas las siguientes cláusulas: a) Las que incluyan un tipo de interés de demora superior a tres veces el interés legal del dinero vigente en el momento de la firma del contrato»; lo que implica un ámbito de aplicación diferente ya que comprende todos los préstamos o créditos hipotecarios cualesquiera que fuera su finalidad o la naturaleza de la finca hipotecada, con tal de que el prestatario tenga la condición de consumidor; así como un diferente límite de interés moratorio ya que la fecha de referencia para fijarlo será la fecha de la escritura de constitución de hipoteca y no el momento del devengo de tales intereses como en el supuesto del artículo 114 de la Ley Hipotecaria.

En el supuesto objeto de este recurso la finalidad del préstamo garantizado con la hipoteca es la adquisición de la vivienda habitual de los prestatarios que además constituye el objeto de la garantía, como expresamente se indica en la escritura; por lo que resulta aplicable la legislación estatal. Sin embargo, también resulta aplicable, en tanto no se había presentado recurso ante el Tribunal Constitucional en el momento del otorgamiento, la citada norma autonómica por concurrir igualmente los presupuestos de la misma, lo que plantea la cuestión de si la aplicación de la norma estatal excluye la aplicación de la norma autonómica.

En este caso, frente a lo que ya se resolvió en las Resoluciones de 25 de septiembre, 9 y 10 de octubre y 17 de noviembre de 2015, debe rechazarse la aplicación de la norma autonómica, porque la concurrencia de los requisitos de aplicabilidad de la norma estatal, que no tenía lugar en los supuestos de esas resoluciones y que goza de jerarquía normativa, es inconciliable con aquella, ya que ambas normativas establecen un régimen distinto de fijación del interés moratorio: «tres veces el interés legal del dinero en el momento del devengo» la norma estatal, y «tres veces el interés legal del dinero en el momento de la firma del contrato» la norma autonómica, cuyas consecuencias económicas para el deudor difieren. No puede afirmarse en contrario que la norma autonómica supone, en este supuesto concreto, un reforzamiento de la protección del consumidor, porque siendo idéntico el interés moratorio inicial en ambas legislaciones, mientras que en la legislación catalana el mismo permanece inalterado durante toda la vida del préstamo; en la legislación estatal, si bien es susceptible de aumento, el cual siempre será moderado dada la fijación del interés legal del dinero por el Gobierno nacional, también es susceptible de disminución, de cuyo beneficio la normativa catalana priva al prestatario. En consecuencia, al ajustarse la cláusula suspendida a las exigencias de la normativa estatal aplicable, el recurso en cuanto a este defecto debe ser admitido.

7. En cuanto al segundo defecto de la nota de calificación consistente, según el registrador, en una defectuosa configuración de la responsabilidad hipotecaria por intereses moratorios en cuanto se calculan al tipo máximo a efectos hipotecarios fijo del 15% anual, sin más salvedad, cuando el máximo legal debería ser del 10,50% por la

aplicación de la normativa catalana; debe ser rechazado en tales términos, por las razones que se exponen en el fundamento de derecho anterior.

No obstante, en términos de la aplicación de la ley estatal, al destinarse el préstamo a la adquisición de la vivienda habitual del prestatario, dicho interés tendrá por ley cada año un límite legal máximo distinto, que si bien puede ser superior al máximo fijado contractualmente, también puede ser inferior, lo que plantea la cuestión de la corrección de la redacción de la estipulación de la responsabilidad hipotecaria por intereses moratorios. Se trata de una cuestión que ya abordó este Centro Directivo, entre otras, en las Resoluciones de 29 de mayo de 2014 y 14 de enero de 2015 que imponen que la determinación de la responsabilidad hipotecaria por tales intereses, cuando sea aplicable el artículo 114.3.º de la Ley Hipotecaria, por destinarse el préstamo o crédito a la adquisición de la vivienda habitual del prestatario, deberá incluir expresamente la referencia a que el tipo máximo fijado no será aplicable «en caso de exceder de tres veces el interés legal del dinero vigente en el momento del devengo», es decir, que sólo se aplicará como un nuevo límite para el supuesto de que el triple del interés legal del dinero fuera superior, y nunca como un límite general a efectos hipotecarios.

Como puso de relieve esta Dirección General en la Resolución de 18 de noviembre de 2013, siendo los intereses legales del dinero esencialmente variables, al ser revisados anualmente por las respectivas leyes presupuestarias (vid. artículo 1 de la Ley 24/1984, de 29 de junio, sobre modificación del tipo de interés legal del dinero), la indeterminación de la cifra garantizada en el momento inicial de la constitución de la garantía está resuelta por la técnica hipotecaria a través de la figura de las hipotecas de seguridad en su modalidad de máximo. En concreto, esta solución fue ya predicada en relación con los intereses de demora por este Centro Directivo en su Resolución de 20 de mayo de 1987, pues los intereses de demora, al generarse como consecuencia de un incumplimiento, tienen por definición carácter eventual o contingente, y como tales tienen carácter de crédito futuro en el momento de la constitución de la hipoteca, por lo cual no sólo su cuantía sino su misma existencia se encuentran en tal momento en una situación de indeterminación.

Y la garantía de los intereses sujetos a fluctuación, desde el momento en que a través del asiento registral no puede determinarse la suma concreta a que en cada período de devengo van a ascender, tan solo cabe a través de una hipoteca de máximo, para las que por exigencia del principio de determinación registral (artículos 12 de la Ley Hipotecaria y 219 de su Reglamento) se requiere señalar el tope máximo del tipo de interés que queda cubierto con la garantía hipotecaria que se constituye y cuya determinación (Resoluciones de 16 de febrero de 1990 y 20 de septiembre de 1996), en cuanto delimita el alcance del derecho real constituido, lo es a todos los efectos, tanto favorables como adversos, ya en las relaciones con terceros, ya en las que se establecen entre el titular del derecho de garantía y el dueño de la finca hipotecada que sea a la vez deudor hipotecario.

En el mismo sentido, las Resoluciones de 8 y 9 de febrero de 2001 señalan lo siguiente: «Es doctrina reiterada de esta Dirección General que “la garantía hipotecaria de los intereses remuneratorios (y lo mismo cabe decir de los moratorios) cuando son variables, pertenece al grupo de la hipoteca de seguridad, lo que exige la fijación de un tipo máximo a la cobertura hipotecaria de dicho interés, tope que, en cuanto especificación delimitadora del contenido del derecho real, opera a todos los efectos legales, favorables o adversos, y tanto en las relaciones entre el acreedor hipotecario y el deudor hipotecante como en las que se producen entre aquél y el tercer poseedor, o los titulares de derechos reales o cargas posteriores sobre la finca gravada, adquiridos a título oneroso o gratuito”...». Pero la doctrina recogida en las referidas Resoluciones de 8 y 9 de febrero de 2001 y demás en ellas citadas, como pone de relieve la Resolución de 29 de mayo de 2014, no debe ser confundida con la que establece que los límites que por anualidades señala los dos primeros apartados del artículo 114 de la Ley Hipotecaria sólo operan cuando exista perjuicio de terceros, al punto de poderse compatibilizar en el sentido de que cuando no se dé aquel perjuicio, puede el ejecutante proceder contra la finca por razón de los intereses debidos, cualquiera que sea el período a que correspondan, siempre que estén

cubiertos por la garantía hipotecaria por estar comprendidos dentro del tipo máximo previsto, en tanto que de darse tal perjuicio, tan sólo podrá hacerlo, aparte de respetando aquel tipo máximo, por los realmente devengados durante los períodos temporales que señala el citado artículo 114 (vid. Resoluciones de 24 de agosto de 1998, 31 de octubre y 18 de noviembre de 2013 y 25 de abril de 2014).

La Ley 1/2013, de 14 de mayo, al añadir un nuevo párrafo al artículo 114 de la Ley Hipotecaria, viene a sumar un nuevo límite legal a los intereses de los préstamos hipotecarios constituidos sobre la vivienda habitual y destinados a financiar su adquisición, haya o no terceros, de forma que los intereses pactados no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Límites que, dado su carácter claramente imperativo, las estipulaciones contractuales de constitución de dichos préstamos hipotecarios necesariamente deberán respetar, lo que será perfectamente posible a través de la institución de la hipoteca de máximo. Comoquiera que, cualquiera que sea el límite máximo que se pacte, por hipótesis podrá ocurrir que en algún momento de la vigencia de la hipoteca la aplicación de la fórmula del artículo 114, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria dé como resultado una cifra inferior al máximo pactado, las fórmulas contractuales siempre podrán evitar cualquier tacha de ilegalidad mediante la incorporación a la estipulación correspondiente de una reserva o salvedad de aquel límite legal.

Lo que en ningún caso puede admitirse, so pretexto de que la variabilidad futura de los tipos de interés legal del dinero es imprevisible, es que se pacte un tipo fijo de intereses de demora que ya, a presente en la misma fecha de la constitución de la hipoteca, infrinja el límite legal de los que se pueden devengar en el año de constitución, como ocurre en el supuesto de hecho de esta resolución. Es necesario, por tanto, que de la propia cláusula contractual de la responsabilidad hipotecaria por intereses moratorios resulte inequívocamente que el tipo máximo pactado para dicha cobertura del derecho real sólo será aplicable si en el momento del devengo de los intereses moratorios dicho tipo es igual o inferior al referido límite legal impuesto en el artículo 114, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria.

Por último, en lo que respecta a la posible integración de esta cláusula con la sexta por la remisión expresa que se hace a la misma en el sentido de garantizarse «el pago de los intereses moratorios convenidos en la estipulación sexta», *no puede admitirse ya que esa remisión se refiere a su devengo de los intereses pero no señala un segundo límite a la responsabilidad hipotecaria en los términos señalados, límite que, por otra parte, es contradicho por la categórica afirmación de que la responsabilidad hipotecaria se calcula «al tipo máximo del 15,00%», sin más precisiones.*

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar la nota de calificación del registrador en cuanto al primer defecto de la nota de calificación, y desestimarlos en cuanto al segundo defecto, en ambos casos en los términos que resultan de los anteriores pronunciamientos.

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, 4 de enero de 2016.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.