

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

- 128** *Resolución de 21 de diciembre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de 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 Víctor José Prado Gascó, por la que se deniega la inscripción de ciertos pactos en una escritura de préstamo hipotecario de la entidad «Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.».

Hechos

I

Mediante escritura otorgada ante el notario de Torredembarra, don Ricardo Cabanas Trejo, el día 14 de julio de 2015, número de protocolo 712, se formalizó una hipoteca en garantía de un préstamo a favor de la entidad «Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.».

II

Presentada en el Registro de la Propiedad de Torredembarra el día 14 de julio de 2015, asiento de presentación 1297 del Diario 67, retirado y devuelto el día 21 de agosto de 2015, fue objeto de la siguiente nota de calificación de fecha 15 de septiembre de 2015: «Documento: Escritura pública de préstamo hipotecario. Funcionario: D. Ricardo Cabanas Trejo, protocolo 712, a 14 de julio de 2015. Fecha de presentación: 14 de julio de 2015, retirado y devuelto el 21 de Agosto de 2015. Asiento de presentación: Asiento 1297 Diario 67. Finca (datos registrales): 8272 de Torredembarra. Interesados: Entidad acreedora: BBVA Parte prestataria hipotecante: D. L. F. M. En el ejercicio de la Calificación Registral sobre la legalidad de los documentos presentados, se observan los siguientes hechos y fundamentos de derecho. Hechos: La Escritura de préstamo hipotecario presentada se ha redactado conforme a minuta facilitada por el banco, existiendo un pacto tercero bis 3 relativo a la limitación a la variación del interés ordinario al alza (15% superior por tanto al límite del 12% a efectos hipotecarios) y a la baja (1,750%) con la firma manuscrita, como si se tratara el deudor hipotecario de una persona física consumidor. El prestatario no indica la finalidad empresarial o consumidora de la operación realizada y el Notario, siendo el funcionario ante el que se presta la declaración de voluntad, con relación al ámbito de aplicación del Código de Consumo de Catalunya, dice desconocer si debe serle de aplicación o no, aunque se le trate como consumidor con la firma manuscrita y nada resulte del destino de la finca a una actividad económica o empresarial o al ámbito de consumo. No obstante, el Notario, además de la firma manuscrita propia de personas físicas consumidores, opta por realizar las advertencias, con el clausulado habitual, como si estuviera efectivamente en el ámbito de aplicación de la normativa de consumidores, tanto con relación a los intereses de demora como con relación a la abusividad de la cláusula suelo sin techo proporcional. A nuestro juicio, en relación a los intereses de demora, parece adaptarse al art. 114 LH y al señalar el límite del 10,5% también al Código de Consumo de Catalunya (de 20 de Julio de 2010 tras la reforma de 2014 que entró en vigor el 31 de marzo de 2015), sin embargo no respeta el art. 251-6 en el sentido de que no cabe una cláusula suelo sin techo proporcional, apreciándose los siguientes defectos: 1.-Infracción del principio de especialidad o determinación hipotecaria En dos sentidos: primero, es necesario

aclarar si el prestatario en esta operación, actúa como consumidor y está dentro del ámbito de aplicación de la normativa de protección de consumidores o no lo está, ya que las consecuencias son sensiblemente diferentes: segundo, el límite techo fijado es superior al límite máximo de los intereses ordinarios a efectos hipotecarios indicados en la escritura.

2.—En el caso de que estemos dentro de su ámbito de aplicación por actuar como consumidor, aparece un límite a la variación a la bajada (1,750%) y otro a la subida (15%) que no son proporcionales, pudiendo considerarse 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 calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos 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 confirmada 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 solo a la legalidad formal o extrínseca del documento o título inscribible sino también, como establece el art. 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 a la infracción del principio de especialidad del art. 12 LH, será necesario aclarar el ámbito de aplicación y que no cabe la inscripción de una cláusula techo obligacional superior al límite máximo de intereses ordinarios a efectos hipotecarios: Primero, en orden al ámbito de aplicación concreto de la normativa de protección de consumidores, señalamos: 1.—Que nos encontramos ante una escritura de préstamo hipotecario a favor de persona física sobre una finca que afirma una cláusula suelo sin techo proporcional. La persona física prestatario nada indica sobre la finalidad empresarial o consumidora de la finca adquirida. 2.—Que se acompaña la correspondiente expresión manuscrita del art. 6 Ley 1/2013 de 14 de mayo de deudores hipotecarios, aplicable a personas físicas consumidoras para la adquisición de vivienda. 3.—Que 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. En el presente caso nada indica el prestatario sobre la finalidad de consumo o empresarial de la adquisición y el Notario tiene serias dudas, aplicando finalmente la normativa de consumidores igual que nosotros con esta calificación, ya que no cabe una inscripción con advertencias de abusividad legal. 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. En el caso que nos ocupa, 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 30% 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. 4.—Que el Notario, funcionario que está presente en el momento de conformarse la declaración de voluntad, no sabe si el supuesto de hecho está o no dentro del Código de Consumo de Cataluña, provocando una indeterminación con relación a la normativa aplicable de protección a los consumidores, a pesar de lo cual hace las advertencias legales de los límites del interés de demora y abusividad del suelo sin techo como si efectivamente estuviera dentro de su ámbito, aunque no aluda a la sanción de nulidad de pleno de derecho. Por tanto, la diferente concepción notarial y registral parece estribar solo 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 requiere cierta determinación con relación a la normativa de consumidores para evitar la inscripción de una hipoteca con cláusulas abusivas de origen legal o jurisprudencial. Como operadores jurídicos, creo que debe aclararse el ámbito de aplicación con relación al caso concreto y en el supuesto de aplicarse la normativa de protección de consumidores, aplicarse cumulativamente toda la normativa, la común y la autonómica, evitando que acceda una cláusula suelo sin un límite techo que guarde la proporcionalidad legal exigida, ya que una cláusula es abusiva por disposición legal o no lo es. Segundo, en atención a límite techo de intereses ordinarios diferente del establecido a efectos hipotecarios, entendemos que los intereses del préstamo hipotecario a inscribir serían solo los hipotecarios. En caso de intereses obligacionales diferentes de los hipotecarios hasta un importe máximo, no tendrá trascendencia registral, siendo la hipoteca accesoria del préstamo conforme a la naturaleza de la hipoteca que garantiza los intereses ordinarios como de tráfico a diferencia de la de seguridad de los de demora, al art. 144 LH y 240 RtoH. Sin perjuicio de que el techo fijado para los intereses de ordinarios, sean intereses obligacionales o reales, serían abusivos si finalmente actúa el prestatario como consumidor y no se guarda determinada proporcionalidad para la protección de los consumidores, y por lo tanto la cláusula debería apreciarse nula por disposición legal y evitarse su acceso al Registro de la Propiedad. III.—La cláusula suelo es un beneficio del acreedor predisponente y se define como un límite a la variación del interés a la bajada y que podía o no tener un techo, que podría ser un beneficio del prestatario consumidor, siempre que guarde cierta proporcionalidad y se define como el límite a la variación del interés a la subida. Tradicionalmente la nulidad de las cláusulas suelo y techo por abusivas según el STS en Sentencia 9 Mayo de 2013 estaba ligada a una falta de transparencia y de información indebida al consumidor como elementos definitorios del objeto principal del contrato. Con la reforma del art. 6 Ley 1/2013 de 14 de mayo de deudores hipotecarios propiciada por la STJUE 14 de marzo de 2013 se trata de dar soporte legal en nuestro ordenamiento a dichos clausulados cumpliendo unos deberes adicionales de información y transparencia. Además la jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo excluye la posibilidad de entender que la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas que sanciona el art. 83,1 del R.D. Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, requiera de una previa declaración judicial, ya que la nulidad de pleno derecho actúa *ope legis* o por ministerio de la ley y, en consecuencia, como ha destacado la doctrina, las cláusulas afectadas por tal nulidad han de tenerse «por no puestas» tanto en el ámbito judicial como en el extrajudicial y, en consecuencia, también en el registral. No existiendo, la diferencia de alcance y efectos de la nulidad, entre cláusula abusiva legal de origen administrativo y la de origen civil. La doctrina de la DGRN en Resolución de 13 septiembre de 2013 va en ese sentido de señalar que la nulidad de las cláusulas abusivas opera *ope legis* en el ámbito judicial, extrajudicial y registral. Digna de reseñar también es la Sentencia de 19 de septiembre de 2012 del tribunal número 1 CA de Vitoria Gasteiz, que confirma la sanción por utilización de una cláusula suelo-techo abusiva, al entender que los límites de oscilación al interés variable del préstamo hipotecario (suelo 2,5+0,40% y techo 18%) son desproporcionados, ya que mientras el suelo impide al cliente aprovecharse de las bajadas del euríbor, el techo no le protege de las subidas, ya que el índice de referencia difícilmente

podrá alcanzar cifras tan altas. Aplicada esta doctrina legal y jurisprudencial del TJUE y de la DGRN a la normativa de protección de consumidores, incluyendo el nuevo texto legal del Código de Consumidores de Cataluña, en particular la norma imperativa del art. 251-6 que entiende abusivas: las cláusulas suelo sin techo o con techo sin una determinada proporcionalidad, parece que nos conduciría inexorablemente a esta calificación. IV.–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 24 de Julio de 2008, por la doctrina actual de la DGRN (*vide* R 18 noviembre de 2013) tras la STAP Tarragona 1 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, siendo 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 solo 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: I. Moderar la cláusula, recalculando al tipo legal e integrar el contrato como parece admitir la STJU 21 enero 2015, decimos solo parece porque para B. G. hemos de diferenciar como también hace la Sentencia entre cláusula negociada e impuesta, refiriéndose el recalcado a las negociadas únicamente; manteniendo la nulidad

del clausulado abusivo impuesto a personas consumidoras. II. 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. III. 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 al art. 6 CC, dados los efectos de la inscripción y las drásticas consecuencias que produce la publicidad registrarse 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 solo 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 1/10/2010; 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 ss BGB, en Italia en el creado Codice de Consumo arts. 33 a 38, lo mismo en el Code de la consommation francés 131 a 134 y lo mismo en el derecho inglés con el UnfairTerms 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, que exige determinación ab initio del clausulado, como anteriormente 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 solo 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 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.» 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, 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 CCAA 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, ignorando si era esa u otra la intención del legislador al dictarla, puesto que todavía no ha habido interpretación judicial ni doctrinal. - Que a diferencia de lo que ocurre con los intereses de demora, 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. 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 de confirmarse que es un consumidor, nos encontramos con una cláusula techo abusiva 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, planteándose la disyuntiva de los efectos de dicha nulidad, antes reseñados; 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 solo 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 la 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 si 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 podrá (...). Se firma la siguiente en Torredembarra a 15 de septiembre de 2015.–Víctor J. Prado Gaseó, Registrador de Torredembarra».

III

Contra la anterior nota de calificación, el notario autorizante, don Ricardo Cabanas Trejo, interpuso recurso en virtud de escrito de fecha 28 de septiembre de 2015, en base a los siguientes argumentos: «Hechos 1º Que en la fecha indicada autorice la escritura de la que adjunto copia firmada electrónicamente al objeto de este recurso. 2º Que dicha escritura fue presentada en el Registro de la Propiedad competente. 3º Que ha sido objeto de calificación negativa de fecha 15 de septiembre de 2015, recibida el día 24 de septiembre de 2015, que se adjunta. 4º Que no estando de acuerdo con dicha calificación interpongo recurso gubernativo sobre la base de los siguientes Fundamentos de Derecho I.—Sobre la necesidad de indicar en la escritura si la operación cae en el ámbito de la normativa protectora de los consumidores. 1. Ninguna norma exige esa indicación, o manifestación por parte de los interesados, que habría de referirse, además, no a la legislación general de consumidores y usuarios, sino a la más específica de la Comunidad Autónoma de Cataluña, por razón del fundamento normativo final de la calificación. Cuando se ha considerado necesario que el título indique una determinada circunstancia para hacer posible su inscripción, así lo ha hecho el legislador de forma expresa (p. ej., art. 21.3 LH), y fuera de esos supuestos la ausencia de una manifestación sobre circunstancias de hecho no puede dificultar la inscripción (Resolución de 10/07/2015). En nuestro caso se trata de la hipoteca de un inmueble descrito en el Registro como local, y ante la eventualidad de que pudiera constituir realmente una vivienda, sin haber cambiado su descripción en el Registro, también se hace la manifestación pertinente sobre el hecho de que no constituye vivienda habitual. No sería necesaria la expresión manuscrita de acuerdo con el art. 6 Ley 1/2013, pero nada prohíbe reforzar la información que recibe el prestatario, aunque no tenga la condición de consumidor. Es lo que se ha hecho en este caso. Otro tanto se puede decir respecto de la información que suministra el notario sobre la normativa catalana en materia de consumo, que no prejuzga su aplicabilidad, y así se hace constar expresamente. Solo se trata de que conozca su existencia. A partir de aquí, que la operación realmente esté sujeta o no a la normativa de consumidores y usuarios, y más específicamente a la catalana, caso de que resultara litigiosa en el futuro entre las partes, no deja de ser una cuestión de hecho que habrá de resolverse considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración (no una simple manifestación en el título, que bien puede ser otra cláusula general predispuesta por el acreedor), lo que exige una disponibilidad de medios probatorios de los que el Registrador carece, y por eso se encomienda a los Jueces (Resolución de 22/07/2015). El Registrador ha de ajustarse a la evidencia de que la finca es un local, sin pretender otras declaraciones complementarias. Que al deudor se le haya suministrado información adicional, solo responde a la necesidad de extremar la transparencia en la suscripción de estos negocios, con precauciones quizá innecesarias, pero nunca inconvenientes. II.—El control de contenido de la cláusula suelo. 2.2. La cuestión de fondo se refiere a la posibilidad de un control de contenido de una cláusula suelo, y como regla ese control no es procedente, ni siquiera para los Jueces. En lugar de muchas, conviene transcribir aquí la Resolución de la DGRN de 12/03/2015, que da cuenta del estado de la jurisprudencia: «la valoración de las denominadas ‘cláusulas suelo’ se incardina en el ámbito del control de inclusión y de transparencia de los contratos con condiciones generales de la contratación, pues se trata de un control previo al del contenido o abusividad, cuyo análisis en relación con las cláusulas de los contratos de préstamos hipotecarios relativos al objeto principal del contrato, y en particular en relación con las cláusulas de interés variable y las relativas a su composición o determinación, o las a ellas asociadas (como en el caso de los contratos o cláusulas de cobertura del riesgo de los intereses variables) ha sido abordada en profundidad por nuestro Tribunal Supremo (Sala Primera) en las Sentencias 241/2013, de 9 de mayo, y la más reciente 464/2014, de 8 de septiembre... Partiendo de que las cláusulas que disciplinan contractualmente los intereses variables y las determinaciones accesorias que influyen en su fijación o variación, incluyendo cualquier elemento de coste financiero que vaya asociado al mismo, deben entenderse incluidos en el concepto de ‘objeto principal del contrato’ en el sentido que da a tal expresión la citada Sentencia 241/2013 de la misma (‘forman parte inescindible del

precio que debe pagar el prestatario'), en cuanto resulta relevante en la resolución del presente expediente, interesa subrayarlos siguientes pronunciamientos de la primera de las citadas Sentencias: '196 (...) como regla no cabe el control de su equilibrio', posibilidad de control de contenido que si bien la misma Sala Primera del Tribunal Supremo había afirmado en alguna ocasión anterior (vid. Sentencias 401/2010, de 1 de julio, 663/2010, de 4 de noviembre, y 861/2010, de 29 de diciembre), la misma Sentencia de 9 de mayo de 2013 antes citada se encarga de recordar que dichas afirmaciones se hicieron 'más o menos *obiter dicta*', y que, por el contrario, tal posibilidad de control de contenido 'fue cegada en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, que entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, no se extiende al del equilibrio de las «contraprestaciones» -que identifica con el objeto principal del contrato- a las que 3 se refería la LCU en el artículo 10.1.c) en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control de precio' (vid. párrafo 195). Ahora bien, la misma Sentencia aclara que el hecho de que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, 'no supone que el sistema no las someta a un doble control de transparencia' (párrafo 197)». Esta doctrina ha sido reiterada de forma aún más contundente por la reciente Resolución de 22/07/2015. 3. En resumen, al tratarse de una cláusula que incide directamente sobre el precio del producto, pues fija una rentabilidad mínima para el acreedor, no se puede entrar en el control de su contenido, del mismo modo que no se debe controlar si un tipo de interés fijo, o el diferencial en otro variable es demasiado alto (salvo usura). La cuestión es que el deudor tenga muy claro cuál puede ser el coste de la operación, a pesar de la variación del Índice de referencia, y comparar en esos términos con las ofertas de otras entidades, o con una operación a tipo fijo. Por seguir con la Resolución citada: «esta obligación de claridad y transparencia se controla a través de un doble filtro. El primero es aplicable a todo contrato con condiciones generales de la contratación, con independencia de que en el mismo intervenga o no un consumidor, a través del llamado control de incorporación o inclusión de la cláusula al contrato (vid. artículo 7 de la Ley General de Condiciones Generales de la Contratación). El segundo filtro, limitado al caso de los contratos con consumidores, se articula a través del control de transparencia, en relación con el cual la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 es elocuente al afirmar que '210. (...) el artículo 80.1 TRLCU dispone que «[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquellas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido». Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, 4 como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del «error propio» o «error vicio», cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la «cama 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 cama 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. 211. En este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. 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. 212. No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que,

en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante'». De todos modos, aunque se pretendiera en este caso un control de contenido, se hace difícil imaginar dónde puede estar el abuso cuando el suelo (1'75 %) es inferior al diferencial aplicable (2,30 %), es decir, que solo entrarla en acción ante el improbable supuesto de un índice de referencia negativo superior al 0'55 %. 4. En el presente caso, y aunque no resultara necesario por no tratarse de vivienda habitual, se han cumplido los requisitos reforzados de transparencia que resultan del art. 6 de la ley 1/2013, de 14 de mayo, pues consta incorporada la correspondiente expresión manuscrita («1.–En la contratación de préstamos hipotecarios a los que se refiere el apartado siguiente se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato. 2. Los contratos que requerirán la citada expresión manuscrita serán aquellos que se suscriban con un prestatario, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza; b) que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés, o bien; c) que se concedan en una o varias divisa»). 5. La resolución de este recurso ha de corresponder a la DGRN, de acuerdo con el criterio de la Resolución de 25/09/2015 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 6 de octubre de 2015 (aunque por error consta mes de septiembre), confirmó su calificación y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 51 y 149.1, números 1º, 6º, 8º, 11º y 13º, 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, 234.1.3ª, 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) nº 1093/2010; 28, 34, 49, 113, 120-2, 123, 126-3 y 147-2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña; 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, 8 y 9 de octubre y 17 de noviembre de 2015.

1. El presente expediente, dados los términos del recurso interpuesto, que se centra en el análisis de la cláusula suelo contenida en la escritura de constitución de hipoteca en la que figura una correlativa cláusula techo no proporcional; se va limitar a las cuestiones consistentes 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 siguientes cláusulas de la escritura de préstamo hipotecario de «Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.»: a) La cláusula tercera bis 3, que fija techo obligacional (15%) superior al límite máximo de intereses ordinarios a efectos hipotecarios (12%); b) La cláusula tercera bis fija un límite a la variación a la baja de los intereses ordinarios del 1,75%, señalando un límite a la variación al alza del 15%, y c) es necesario aclarar si el prestatario, en esta operación actúa como consumidor y está dentro del ámbito de aplicación de la normativa de protección de consumidores o no lo está por tener carácter empresarial la operación. En cuanto a los presupuestos fácticos del recurso debe tenerse en cuenta que el prestamista es un profesional, el prestatario una persona física, la finca gravada es un local y se acompaña la expresión manuscrita del deudor a los efectos de manifestar su conocimiento de la existencia de cláusula suelo y de sus consecuencias jurídicas y financieras, como si se tratara el deudor hipotecario de una persona física consumidor.

Con carácter previo se plantean en el recurso las siguientes cuestiones que es necesario abordar: Primero.—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 Segundo.—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 en otras cinco posteriores, dos del 9 de octubre, dos del 10 de noviembre y una del 17 de noviembre de 2015 sobre la misma o semejante materia, y cuyo contenido pasamos a reproducir en lo pertinente.

Antes de ello convine 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».

2. 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 la 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 1º, 6º, 8º, 11º y 13º 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 de la Ley Hipotecaria o 6 de la Ley 1/2013).

Por su parte, la Comunidad Autónoma de Cataluña regula la materia de «consumo» fundamentalmente en 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 333-7 del 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 (art. 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 arts. 149.1.6 y 8 CE (STC 62/1991, FJ 4 e), STC 264/1993, de 22 de julio, FJ 5)».

3. 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 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».

Elo 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 comprendiendo, además, otras cuestiones de derecho común u otro tipo de derecho –registral, consumo, etc.–, 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, los registradores 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 en motivos ajenos al Derecho catalán, como es el caso presente, 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 y 13 de septiembre de 2014). 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.

4. La aplicabilidad registral de las normas de consumo de la Comunidad Autónoma de Cataluña respecto al límite que a los intereses moratorios de los préstamos hipotecarios y a las restricciones que al pacto de variabilidad de los intereses ordinarios 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 y de las cláusulas suelo 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 y contenido 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, e insinúa el notario recurrente, 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 o a establecer normas de transparencia respecto a los

intereses variables, 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 de consumo catalana.

Ahora bien, el registrador de la Propiedad, como ya se ha señalado en la Resolución de 25 de septiembre de 2015 y demás anteriormente citadas respecto a la limitación de los intereses moratorios y cláusulas suelo, 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 de una norma por lo que, mientras no se presente 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 se encontrará vigente y 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, debe destacarse, sin embargo, que la determinación de los efectos civiles y registrales de esas normas autonómicas relativas a las 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, da tal manera que, como ya se trató en la Resolución de 25 de septiembre de 2015 y demás citadas, 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).

5. Más compleja resulta la aplicación registral de la norma catalana de referencia respecto de la declaración como abusivas de las cláusulas que fijen un límite a la variación a la baja del tipo de interés contratado cuando no haya un paralelo límite a la subida, 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, o 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; porque aquí se inmiscuye la problemática de la libertad contractual en la fijación de los precios de los contratos, en este caso el interés al que se presta el dinero y sus condiciones, cuestión que como reconoce el Tribunal Supremo (vid. Sentencias de la Sala Primera número 241/2013, de 9 de mayo, número 464/2014, de 8 de septiembre, y número 139/2015, de 25 de marzo) corresponde a la iniciativa empresarial.

Así, la problemática contractual de las cláusulas de interés variable y de las determinaciones accesorias que influyen en su fijación o variación, incluyendo cualquier elemento de coste financiero que vaya asociado al mismo, ha sido abordada en profundidad por el Tribunal Supremo en las Sentencias antes indicadas que las considera incluidas en el concepto de «objeto principal del contrato» porque forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario y, en consecuencia, se pronuncia por entender que, como regla general, no cabe el control de equilibrio de estas cláusulas, porque el control de

contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de una cláusula, no se extiende al del equilibrio de las «contraprestaciones» que se identifica con el objeto principal del contrato, de tal forma que no cabe un control de abusividad del precio, sino únicamente el doble control de incorporación y transparencia. Esta conclusión la extrae el Alto Tribunal de la dicción del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE que dispone que «la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible», precepto del que extrae a contrario sensu que «las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato solo se someten a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible».

Congruentemente con esta normativa de la Unión Europea y con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el artículo 6 de la Ley estatal 1/2013 no declara la abusividad de las cláusulas suelo sino que ha establecido en determinados supuestos coincidentes con la normativa comunitaria, la necesidad de incorporar al contrato de préstamo una expresión manuscrita del prestatario acerca de su conocimiento de las consecuencias financieras de tales cláusulas, como forma que ha elegido el legislador para asegurarse de su comprensión real de los riesgos que asume, y no a señalar unos supuestos específicos y determinados en que las limitaciones a la baja de la variabilidad de los intereses se considerara abusiva como los que recoge el indicado artículo 251-6 de la legislación de consumo catalana.

No obstante esta diferencia conceptual, debe reiterarse también en este caso que ni el registrador de la Propiedad ni esta Dirección General, gozan de competencia para determinar la legalidad o constitucionalidad de las disposiciones vigentes en cada momento, que el primero se ha de limitar a aplicar en el ejercicio de su función; si bien, como ya se ha expuesto en el fundamento de derecho anterior, los efectos civiles y registrales de dicha aplicación serán los determinados por la legislación estatal para el concreto tipo de cláusulas limitativas de la variación a la baja del tipo de interés remuneratorio, de tal manera que el efecto civil no será la nulidad de pleno derecho de la cláusula sino la necesidad, como un requisito de transparencia contractual, de aportar la expresión manuscrita del prestatario a que se refiere el artículo 6 de la Ley 1/2013, y el efecto registral será la suspensión de la inscripción mientras la misma no sea elaborada y aportada.

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 149.1.11ª) pudiendo desarrollar la legislación básica del Estado en materia de protección de los clientes de servicios y productos bancarios, incluyendo articular dispositivos preventivos o correctores de los eventuales abusos, 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, siempre dentro de los parámetros antes expuestos en cuanto a sus consecuencias civiles y registrales.

6. Los pactos que fijan un límite a la variación a la baja de los intereses remuneratorios se encuentran regulados, en el ámbito estatal, por el artículo 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, que dispone: «1. En la contratación de préstamos hipotecarios a los que se refiere el apartado siguiente se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato. 2. Los contratos que requerirán la citada expresión manuscrita serán aquellos que se suscriban con un prestatario, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad

a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza»; de donde se infiere que la legislación estatal, respetando la libertad de mercado, no establece para el supuesto a que se refiere ni una prohibición legal ni una declaración expresa de abusividad, sino que se limita a exigir un requisito especial de transparencia, la expresión manuscrita del deudor acerca de su comprensión de los riesgos de tales cláusulas, cuando el prestatario sea persona física y la hipoteca recaiga sobre una vivienda –sin necesidad de tener el carácter de habitual– cualquiera que fuere la finalidad del préstamo, o bien cuando el prestatario sea una persona física y la finalidad del préstamo sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir. Concurriendo dichas circunstancias el registrador –fuera del ámbito catalán– solo podrá suspender la inscripción de la hipoteca si no se aportare la indicada expresión manuscrita, pero nunca por razón de desequilibrio o amplitud de margen entre los límites inferior y superior de los intereses.

Por su parte el artículo 251-6, número 4, letra b), 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: (...) 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»; lo que implica no solo una declaración explícita de abusividad, sino también 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 –ya sea persona física o jurídica–, siempre que junto con el límite de la variación a la baja del tipo de interés ordinario concurra alguna de las circunstancias expuestas.

En el supuesto objeto de este recurso, como ya se ha señalado anteriormente, el prestatario es una persona física y el objeto hipotecado un local, fijándose un suelo a los intereses variables del 1,75% y un techo determinado del 15% y acompañando la repetida expresión manuscrita del prestatario; lo que supone la concurrencia de los presupuestos de aplicación solo de la legislación catalana por existencia de desproporción entre el tipo mínimo y el máximo de los intereses moratorios, si presumimos que el prestatario persona física es consumidor, lo cual por otra parte es indiferente a efectos prácticos dada la coincidencia de los efectos civiles y registrales en ambos supuestos –estatal y autonómico– según se ha argumentado con anterioridad.

7. En el presente supuesto, como queda dicho, se ha aportado la expresión manuscrita del deudor acerca de su comprensión real de las consecuencias de la cláusula suelo, por lo que la única objeción a la inscribibilidad de la cláusula que se podría hacer en el ámbito registral sería la corrección de la dicción del escrito del prestatario acerca del efectivo conocimiento de su posición contractual en cuanto a las limitaciones del interés variable, comprensión que en el contexto catalán exigirá una adaptación de la redacción del escrito a cada uno de los distintos supuestos que según el artículo 251-6 número 4, letra b), del Código de consumo de Cataluña generan la necesidad de su aportación; lo cual no ha sido alegado por el registrador.

Por el contrario, el registrador fundamenta el defecto en la consideración de ser necesario aclarar si el prestatario en esta operación actúa como consumidor y está dentro del ámbito de aplicación de la normativa de protección de consumidores o no lo está; en el convencimiento de que en caso de estarlo ello implicaría la nulidad de la cláusula, pero como ya se ha analizado, el efecto jurídico de la concurrencia del supuesto de aplicación de la legislación catalana no es esa nulidad sino, por aplicación de los efectos civiles establecidos en la legislación estatal, la necesidad, como un requisito de transparencia contractual, de aportar la expresión manuscrita del prestatario a que se refiere el artículo 6 de la Ley 1/2013. Por tanto, aportada tal expresión manuscrita en la escritura de constitución

de hipoteca, es indiferente a los efectos de inscripción que el prestatario tenga o no la condición de consumidor porque el máximo requisito que sería exigible se ha cumplido. Además, el propio registrador en el apartado IV, número 2, párrafo cuarto, de los fundamentos de Derecho de la nota de despacho, considera al tratar de los presupuesto de aplicación del Código de consumo de Cataluña que «como ocurre en nuestro supuesto de hecho, entidad bancaria y consumidor persona física (art. 111 CCC y art. 2 Directiva 13/1993)».

8. Por último, en cuanto a la afirmación del registrador de que el límite techo fijado –15%– es superior al límite máximo de los intereses ordinarios a efectos hipotecarios –12%– indicados en la escritura, y que esta circunstancia es contraria a las exigencias recogidas en el artículo 12 de la Ley Hipotecaria que, según el entendimiento del registrador, impide la inscripción de una cláusula techo obligacional superior al límite máximo de intereses ordinarios a efectos hipotecarios, porque «siendo la hipoteca accesoria del préstamo conforme a la naturaleza de la hipoteca que garantiza los intereses ordinarios como de tráfico, a diferencia de la de seguridad de los de demora», ambas cifras deben coincidir; se trata de un argumento que debe ser rechazado.

A este respecto, debe recordarse que la hipoteca que garantiza los intereses remuneratorios variables no pertenece al tipo de las hipotecas ordinarias o de tráfico sino a las hipotecas de máximo, por cuanto la propia variabilidad de tipo de referencia determina que se desconozcan inicialmente la cuantía a que ascenderán finalmente los intereses ordinarios vencidos. La naturaleza indeterminada o fluctuante de los tipos de interés variables impone, a efectos hipotecarios, la configuración de la garantía de los mismos, aunque lo sea en la misma hipoteca que el principal prestado, bajo la modalidad de una hipoteca de máximo, es decir, que la parte de la responsabilidad hipotecaria que los garantice debe calcularse a partir de la fijación de un tope máximo de interés aunque el de mercado llegare a ser mayor. Como consecuencia de ello, si los intereses devengados exceden de la responsabilidad máxima pactada (artículos 144 de la Ley Hipotecaria y 240 del Reglamento Hipotecario), bien por fluctuar libremente o bien por estar afectados por una cláusula techo superior al tipo máximo a efectos hipotecarios, el acreedor no podrá reclamar la cantidad que exceda de esa cifra global, ya actúe contra el deudor o contra un tercero, pero si es válido el pacto. Lo que no es admisible es lo contrario, es decir, que el tipo máximo del interés, a efectos de la fijación de la responsabilidad hipotecaria por tal concepto, sea superior al límite fijado a efectos obligacionales, a la variabilidad del tipo de interés; y ello porque el carácter accesorio de la hipoteca respecto de la obligación garantizada (artículos 104 de la Ley Hipotecaria y 1957 del Código Civil) imposibilita que se puedan garantizar obligaciones o importes no pactados, es decir, la discrepancia entre los términos definatorios de la obligación asegurada y los de la extensión objetiva de la hipoteca en cuanto al crédito (artículos 9 y 12 de la Ley Hipotecaria y las Resoluciones de 9 de octubre de 2015).

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación del registrador 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, 21 de diciembre de 2015.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.