



www.civil-mercantil.com

RESOLUCIÓN de 19 de octubre de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de propiedad de Sant Mateu, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario.

(BOE de 11 de noviembre de 2016)

SUMARIO:

Registro de la Propiedad. Aplicabilidad de la STS de 3 de junio de 2016, sobre abusividad de los intereses moratorios de un préstamo hipotecario, a escrituras públicas otorgadas antes del fallo. Recurso gubernativo. Plazo. Notificación telemática al notario de la calificación. La nulidad de una cláusula hipotecaria por abusividad y la consecuencia de que deba tenerse por no puesta, se aplica a todos los préstamos hipotecarios vigentes independientemente del momento de su firma y de si efectivamente se ha hecho uso de esa cláusula, incluso si la hipoteca se ha inscrito en el registro de la propiedad. Por tanto, si el carácter abusivo de los intereses moratorios puede ser invocado por los prestatarios, sobre la base del contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016, no solo respecto de los préstamos o créditos autorizados con posterioridad a su fecha o a la de su publicación en el Boletín Oficial del Estado u otra medio oficial, sino también respecto de préstamos o créditos anteriores a tales fechas, igualmente podrá ser calificado por el registrador de la propiedad cuando el título que las contenga, cualquiera que sea su fecha, se presenta para su inscripción. Y es que la cuestión, específicamente en materia de abusividad, no radica en si las sentencias del Tribunal Supremo tienen o no eficacia retroactiva en sentido propio, sino que lo que hacen es interpretar normas vigentes cuyo sentido fijan, de tal manera que ese pasa a ser el significado que les corresponde desde que se promulgaron. El principio de irretroactividad opera respecto de las leyes y la jurisprudencia pero no respecto de la doctrina que las interpreta, la cual puede tener en consideración la realidad social del tiempo en que aquellas deben ser aplicadas. El ámbito de la calificación del registrador de la propiedad en materia de abusividad le permite rechazar la inscripción de tales cláusulas: a) cuando la nulidad por abusividad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, sin que sea necesario que conste inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación ya que tal exigencia infringiría el «principio de efectividad» de la normativa europea de protección de consumidores; siendo, no obstante necesario, a falta de tal inscripción, que la sentencia judicial proceda del Tribunal Supremo (con valor de jurisprudencia o casacional por provenir del Pleno de Sala), en cuanto fuente complementaria del derecho, o responda a un criterio mayoritario y uniforme de los órganos judiciales superiores; y en todos los casos que se refieran al contrato de préstamo o crédito hipotecario, y b) cuando el carácter abusivo de la cláusula pueda ser apreciado directamente por el registrador de forma objetiva, sin realizar ningún juicio de ponderación en relación con las circunstancias particulares del caso concreto, bien porque coincidan con alguna de las tipificadas como tales en la denominada «lista negra» de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios o bien por vulnerar otra norma específica sobre la materia. Por tanto, la cláusula que recoja intereses moratorios que excedan de dos puntos por encima del interés remuneratorio pactado, deberá ser denegada ya que ese parámetro ha sido fijado expresamente por



www.civil-mercantil.com

el Tribunal Supremo como criterio objetivo de abusividad por razones de seguridad jurídica con efectos *ex tunc*.

PRECEPTOS:

Directiva 93/13/CEE (Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores), arts. 6 y 7.

Código Civil, arts. 3 y 5.

Ley Hipotecaria de 1946, arts. 12, 18, 19 bis, 114, 248, 322, 325, 326 y 327.

Ley 30/1992 (LRJPAC), arts. 38 y 48.

Ley 39/2015 (LPACAP), art. 30.

En el recurso interpuesto por don Rafael Pedro Rivas Andrés, notario de Alcalà de Xivert, contra la nota de calificación del registrador de Propiedad de Sant Mateu, don Alberto Manuel Adán García, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 8 de abril de 2016 por el notario de Alcalà de Xivert, don Rafael Pedro Rivas Andrés, con el número 227 de su protocolo, se constituyó una hipoteca sobre una finca radicante en el Registro de la Propiedad de San Mateu.

II

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad San Mateu el día 8 de abril de 2016, bajo el asiento 1289 del Libro Diario 67 y número de entrada 1183, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria (reformado por Ley 24/2001, de 27 de diciembre) y 98 y siguientes del Reglamento Hipotecario: El Registrador de la Propiedad que suscribe, previo examen y calificación del documento presentado por don/doña Tecnitasa Gestión Hipotecaria, SA, el día 08/04/2016, bajo el asiento número 1289, del tomo 67 del Libro Diario y número de entrada 1183, que corresponde al documento otorgado por el notario de Alcossebre-Alcalá de Xivert Rafael Pedro Rivas Andrés, con el número 227/2016 de su protocolo, de fecha 08/04/2016, ha resuelto no practicar los asientos solicitados en base a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos y fundamentos de Derecho: 1. El interés moratorio pactado resulta abusivo al exceder en más de dos puntos porcentuales al interés remuneratorio pactado. La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016, continuadora de las de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016, ha procedido a precisar u objetivar los límites del interés moratorio para que no sea considerado abusivo. Comienza el TS la exposición de su fallo con la siguiente justificación: “En este momento, si partimos del presupuesto condicionante de que el límite legal previsto en el art. 114.3 LH para los intereses de demora en préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de la primera vivienda no sirve de criterio para el control de abusividad, y advertimos la conveniencia, por seguridad jurídica, de establecer un criterio objetivo, no encontramos razones para separarnos del adoptado en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales”. El contenido del fallo es el siguiente: a) El límite máximo de



intereses moratorios para los préstamos hipotecarios se fija en dos puntos porcentuales por encima del interés remuneratorio pactado, adoptándose este límite porque “también en este caso, este criterio se acomoda mejor a la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios declarados abusivos que, por afectar al incremento respecto del interés remuneratorio, no impide que se siga aplicando a la deuda el interés remuneratorio pactado”. b) Se declara expresamente abusivo, en el caso de contratos concertados por profesionales con consumidores, el interés recalculado conforme al límite legal del art. 114-3 LH. Este límite, se añade, operará dentro de los supuestos previstos en el propio precepto, para aquellos supuestos distintos a la contratación con consumidores bajo condiciones generales, en que deberá aplicarse el límite del interés remuneratorio incrementado en dos puntos. c) Consecuencias de la declaración de abusividad. En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses de demora por su carácter abusivo, son los mismos que respecto de los préstamos personales establecimos en la Sentencia 265/2015, de 22 de abril, tal y como declaramos en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero, es decir, el interés moratorio no puede aplicarse pero el acreedor podrá seguir cobrando los intereses ordinarios pactados durante el período de mora. La nulidad de la cláusula abusiva, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, contenida en la sentencia de 14 de junio de 2012 (caso Banesto), y reiterada por el auto de 17 de marzo de 2016 (caso Ibercaja), no da lugar a una “moderación o reducción conservadora” del incremento del tipo de interés que supone la cláusula de interés de demora considerada abusiva hasta el límite admisible, sino su eliminación total. Pero eso no supone suprimir el devengo del interés ordinario, que retribuye o compensa que el prestatario disponga del dinero. Lo que se anula y suprime completamente es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en la Amortización del préstamo (el recargo sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio que no estaba aquejado de abusividad y que seguía cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución. La Sentencia de referencia se considera directamente aplicable en la calificación, sin necesidad de su reiteración por otras, porque se trata de una sentencia “de pleno de la Sala 1.ª”, y a este respecto el propio TS ha afirmado que tales sentencias gozan de una especial fuerza en lo que a constitución de doctrina jurisprudencial se refiere (STS de 15 de julio de 1988). Este valor de las Sentencias del Pleno aparece recogido en el Acuerdo de la Sala Primera de 30 de diciembre de 2011 sobre admisión de recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, donde a efectos de interés casacional, y frente a la regla general de la necesidad de la cita de dos sentencias del Tribunal Supremo, se indica como supuesto que excepciona lo anterior el siguiente: “1. Cuando se trate de Sentencias del Pleno de la Sala 1.ª del TS o de sentencias fijando doctrina por razón de interés casacional. En estos casos basta la cita de una sola sentencia invocando su jurisprudencia...”. Artículo 18 de la Ley Hipotecaria. Y por considerarlo un defecto subsanable se procede a la suspensión de los asientos solicitados del documento mencionado. No se toma anotación preventiva por defectos subsanables por no haberse solicitado. Contra esta decisión (...) Sant Mateu, a veinte de junio del año dos mil dieciséis. El Registrador de la Propiedad, Fdo.: Alberto Adán García».

III

Contra la anterior nota de calificación, don Rafael Pedro Rivas Andrés, notario autorizante del título calificado, interpuso recurso en virtud de escrito fechado el día 21 de julio de 2016, con entrada en el Registro de la Propiedad de San Mateu el día 22 de julio de 2016, en base a los siguientes argumentos: «Que al parecer se ha practicado calificación efectuada

CEF.-**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**

www.civil-mercantil.com

por el Sr Registrador de San Mateu respecto de su Escritura que luego se habla. Que no estando conforme con dicha calificación, mediante el presente escrito interpone recurso contra ella con base en los siguientes: Hechos. A. Documento calificado.–Escritura de préstamo con garantía hipotecaria de vivienda del día 8 de abril de 2016 bajo el número de Protocolo 227. B. Supuesto de hecho.–Del documento reseñado resulta que se establecía sin lugar a duda que el interés de demora no podría superar el triple del interés legal del dinero vigente en el momento del devengo, dando así cumplimiento a lo que dispone el art. 114 LH. C. Presentación.–Copia de la Escritura se presentó en el Registro de San Mateu el día 8/4/16 causando el Asiento de Presentación 1289 del Tomo 67 del Diario y n.º de entrada 1.183. D. Nota de calificación.–La presentación de la Escritura provocó nota de fecha 20/6/16 (que no se ha notificado al recurrente y de la que se tiene noticia por medio de terceros), en la que se suspende la inscripción por el siguiente defecto: “El interés moratorio pactado resulta abusivo al exceder en más de dos puntos porcentuales al interés remuneratorio pactado”. En su apoyo cita una sola Sentencia del Tribunal Supremo de 3/6/16, y un Acuerdo de la Sala 1.ª del TS de 30/12/11. Fundamentos de Derecho. 0. Previo notificación de la calificación. El recurrente no ha recibido notificación de la calificación y las noticias que tiene son sólo por referencias de terceros, dejando constancia que jamás ha dado autorización para que la notificación deje de hacerse de manera ordinaria que es como se lleva practicando los últimos ocho años desde ese mismo registro. Por lo anterior se solicita que, en cualquier caso, se considere el presente recurso interpuesto de manera tempestiva por aplicación, en su caso, del art. 322 LH y la tradicional doctrina de la DGRN que lo interpreta (entre otras Res. 4/12/13 y 9/1/14). 1. La ley, la Jurisprudencia y el principio constitucional de seguridad jurídica. En el “Ancien Regime” una norma secreta emanada de la simple decisión del poder absoluto era suficiente para doblegar la voluntad de los súbditos que no podían haber ajustado previamente sus conductas a algo que desconocían. Para terminar con esas situaciones la moderna codificación impuso una serie de controles y publicidad en la elaboración y aplicación de las leyes, de manera que la tramitación de una ley supone el control de los representantes de la soberanía popular, y su conocimiento por los medios de comunicación lo que supone otro control añadido de carácter social. Lo anterior se complementa con que las leyes no tienen por lo general carácter retroactivo (arts. 9.3 CE y 2.3 Cc) y con el principio de publicidad del art. 2.1 Cc “Las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el “Boletín Oficial del Estado”, si en ellas no se dispone otra cosa”. Con todo este sistema de contrapesos los ciudadanos (ya no súbditos) pueden saber en todo momento a qué atenerse, pueden programar sus actos acomodándolos en todo momento a la normativa en vigor, lográndose la seguridad jurídica que proclama el art. 9.3 CE. Ciertamente que la Jurisprudencia “complementará” al ordenamiento jurídico mediante decisiones que muchas veces tienen más importancia de la ley misma, y ello sin los controles parlamentarios y sociales de las leyes, y sin su mecanismo de publicidad, pero a cambio el art. 1.6 Cc le impone otro tipo de control preventivo al exigirle que sea “reiterada”, con lo que hasta que se produce esa reiteración se van conociendo los nuevos criterios jurisprudenciales por los que tienen que cumplirlos y aplicarlos, e incluso el mismo legislador puede instar un cambio legislativo para adaptar la ley a la nueva jurisprudencia, o para impedir que ésta se consolide. Desde este punto de vista mucho se ha discutido doctrinalmente aquellos casos en los que el TS adopta funciones “cuasi legislativas” y con la excusa de interpretar una norma clara, finalmente la deja sin efecto alguno, y la STS 3/6/16 podría seguramente entrar en esta apartado pues “de hecho” supone la derogación del art. 114 LH. Pero el problema es que la calificación va mucho más allá que la Sentencia pues pretende que se aplique con carácter retroactivo, sin publicación en Diario Oficial y sin “vacatio legis”, a Escrituras que como la calificada se otorgaron cuando esa “norma jurisprudencial” no se podía conocer porque sencillamente no existía. Y no solo eso, sino que la calificación pretende que



www.civil-mercantil.com

todo lo anterior se haga entendiendo derogado el art. 1.6 Cc que exige que la Jurisprudencia sea “reiterada”. La calificación pretende que el art. 1.6 Cc está derogado no por al menos “dos sentencias uniformes” del TS, ni tan siquiera por “una única sentencia” del TS; no, la calificación lo que pretende es que esa derogación se haya producido por un simple “acuerdo” del TS de 30/12/11 que además se dictó con otra finalidad completamente distinta y muy concreta, cuál era la de facilitar el acceso al recurso de casación. En definitiva, son más que discutible las “funciones cuasi legislativas” del TS al derogar el art. 114 LH, pero lo que es inaceptable que en tema de tanta gravedad además se pretenda que para ello sea suficiente una única STS sin esperar a una eventual reiteración, y con aplicación retroactiva de doctrina jurisprudencial. Los principios constitucionales de seguridad jurídica y de irretroactividad impiden una calificación como la recurrida. 2. Por otro lado la calificación debería de aplicar, como mínimo, la normativa existente en el momento del asiento de presentación y no la aparecida después. Lo lógico es que la calificación se atuviera a la normativa que pudieron tener los otorgantes y Notario presente en el momento de la Escritura pues lo contrario sería darle un efecto retroactivo a la Jurisprudencia que no hubiera tenido ni una ley. Pero por no entrar en la discusión sobre la existencia o no de los “actos puramente registrales”, en el presente caso coincide el día del otorgamiento con el día de la presentación al registro, y la calificación debería de practicarse con arreglo a la normativa que existía, como mínimo, en ese momento pues no otra cosa cabe a la vista del art. 24 LH: “Se considera como fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir, la fecha del asiento de presentación que deberá constar en la inscripción misma”. La misma DGRN ha fijado el momento de presentación en el registro para determinar los requisitos de las inscripciones; así lo dice la Res. 21/3/13 “En definitiva, el principio de irretroactividad impera respecto de la legislación y la jurisprudencia, pero no respecto de la doctrina que las interpreta, y si bien las exigencias de los textos legales vigentes lo deben ser al tiempo del otorgamiento de la escritura, y la calificación del registrador debe basarse en apreciar que el notario ha exigido los controles administrativos vigentes en el momento de la autorización, para los actos puramente registrales, lo será respecto de los requisitos y autorizaciones exigibles en el momento de la presentación en el Registro”. Solicita. Primero.–Se admita el presente escrito teniendo por interpuesto recurso frente a la calificación dicha, procediendo, previos los trámites legalmente previstos, a dictar Resolución que la revoque ordenando la inscripción del documento (...).».

IV

El registrador emitió informe el día 26 de julio de 2016, en el cual solicitó la inadmisión del recurso por extemporáneo, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 12, 18, 19 bis, 114, 248, 322, 325, 326 y 327 de la Ley Hipotecaria; 3 y 5 del Código Civil; 38 y 48 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; 30 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009, 14 de junio de 2012, 14 de marzo de 2013 y 21 de enero de 2015, y los autos del mismo Tribunal de 11 de junio de 2015 y 17 de marzo de 2016; la Sentencia del Tribunal Constitucional número 209/2013, de 16 de diciembre; la Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2011, 9 de mayo y 13 de septiembre de 2013 y 3



de junio de 2016; la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 19 de diciembre de 2007, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de noviembre de 1985, 6 de octubre de 2004, 18 de enero, 14 de febrero, 15 y 21 de abril, 22 de julio y 30 de diciembre de 2005, 12 de enero, 10 de julio y 9 de diciembre de 2006, 14 de marzo de 2007, 10 de enero, 19 de junio y 29 de septiembre de 2008, 22 de marzo, 2 de julio y 12 de noviembre de 2011, 19 de abril, 24 de mayo, 3 de junio, 22 de julio y 20 de noviembre de 2013, 13 de marzo y 23 de abril de 2014 y 29 de mayo y 22 de julio de 2015, en cuanto a la presentación de los recursos, y de 14 de diciembre de 2010, 16 de agosto de 2011, 7 de noviembre de 2012, 23 de marzo, 13 de septiembre y 18 de noviembre de 2013, 18 de febrero, 12 de septiembre y 3 de octubre de 2014, 21 de enero, 30 de marzo, 28 de abril, 14 de mayo y 25 de septiembre de 2015 y de 20 de junio de 2016, en cuanto a la calificación registral de la cláusulas abusivas e inscripción parcial.

1. Como cuestión previa antes de analizar el defecto de fondo de la nota de calificación, debe dilucidarse acerca de si el recurso que da origen a esta Resolución se ha presentado en plazo y, por tanto, debe ser admitido.

Es reiteradísima la doctrina del Tribunal Supremo sobre los plazos señalados por meses que se computan de fecha a fecha, iniciándose el cómputo del plazo al día siguiente de la notificación o publicación del acto, pero siendo la del vencimiento la del día correlativo mensual al de la notificación y ello en adecuada interpretación del artículo 48.2 de la Ley 30/1992 (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 9 de mayo de 2008).

Como señala la Sentencia de 8 de marzo de 2006 «...acogiendo la doctrina de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo contenida en la Sentencia de 15 de diciembre de 2005, que expone cual es la finalidad de la reforma del artículo 48.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y resume la jurisprudencia de esta Sala sobre la materia en los siguientes términos: “La reforma legislativa de 1999 tuvo el designio expreso –puesto de relieve en el curso de los debates parlamentarios que condujeron a su aprobación– de unificar, en materia de plazos, el cómputo de los administrativos a los que se refiere el artículo 48.2 de la Ley 30/1992 con los jurisdiccionales regulados por el artículo 46.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en cuanto al día inicial o dies a quo: en ambas normas se establece que los ‘meses’ se cuentan o computan desde (o ‘a partir de’) el día siguiente al de la notificación del acto o publicación de la disposición. En ambas normas se omite, paralelamente, la expresión de que el cómputo de dichos meses haya de ser realizado ‘de fecha a fecha’ (...) Por el contrario, sigue siendo aplicable la doctrina unánime de que el cómputo termina el mismo día (hábil) correspondiente del mes siguiente”».

La doctrina sigue siendo aplicable, decimos, porque la regla «de fecha a fecha» subsiste como principio general del cómputo de los plazos que se cuentan por meses, a los efectos de determinar cuál sea el último día de dichos plazos.

Cuando se trata de plazos de meses (o años) el cómputo ha de hacerse según el artículo 5 del Código Civil, de fecha a fecha, para lo cual, aun cuando se inicie al día siguiente de la notificación o publicación del acto o disposición, el plazo concluye el día correlativo a tal notificación, en el mes (o año) de que se trate. El sistema unificado y general de cómputos así establecido resulta el más apropiado para garantizar el principio de seguridad jurídica.

Es indudable, por tanto, que el «dies a quo» del cómputo no puede ser el mismo día en que se ha notificado la calificación, sino el siguiente («dies a quo non computatur in termino»), pero según la reiterada doctrina del Tribunal Supremo y de esta Dirección General (cfr., por todas, las Sentencias de 10 de junio de 2008, 19 de julio de 2010, 26 de octubre de 2012 y 4



de agosto de 2013, y las Resoluciones de 14 de octubre de 2002, 10 de junio de 2008, 19 de abril de 2013 y 24 de mayo de 2014), en el cómputo de plazos por meses al que se refiere el artículo 48 de la Ley 30/1992, es decir, de fecha a fecha, la del vencimiento («dies ad quem») ha de ser la del día correlativo mensual al de la notificación, de manera que el día final debe coincidir con el de la notificación del acto impugnado.

2. Entrando a analizar el supuesto en cuestión, en cuanto a la alegación por el recurrente de no haber recibido notificación de la calificación y las noticias que tiene de la misma son solo por referencias de terceros, dejando constancia de que jamás ha dado autorización para que la notificación deje de hacerse de manera ordinaria de correo con acuse de recibo, debe ser rechazada porque el registrador ha dejado demostrado en su informe, mediante listado de su programa electrónico de gestión, que la notificación tuvo lugar por vía telemática el día 21 de junio de 2016 a las 11:03:52 horas.

A este respecto debe tenerse en cuenta que interpretando sistemática y teleológicamente los artículos 248.3 y 322.2.º de la Ley Hipotecaria el Tribunal Supremo, en Sentencia de 20 de septiembre de 2011 –publicada en el «Boletín Oficial del Estado» de 3 de julio de 2012– que confirma la sentencia de 19 de diciembre de 2007 de la Audiencia Provincial de Valencia, reconoce la admisibilidad de la notificación al notario, por vía telemática, de la calificación negativa. Señala el Tribunal Supremo que la relación entre registradores y notarios es distinta de la mantenida por aquéllos con los particulares y debe estar presidida por los principios de lealtad y colaboración institucional, de suerte que no puede rechazarse la notificación de la calificación por vía telemática, si previamente se admite ésta como medio de presentación de los documentos notariales en el Registro. Añadiendo que, además, esa admisibilidad se desprende de la remisión que el artículo 322 de la Ley Hipotecaria hace al artículo 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (vigente a los efectos de este asunto), pues cuando el primero de dichos preceptos dice que la notificación telemática solo será válida cuando previamente el interesado la haya aceptado, hay que entender que este interesado es exclusivamente el particular (que puede que ni siquiera disponga de medios técnicos para recibir comunicaciones telemáticas), pero no el notario (que sí está obligado a disponer de dichos medios), respecto del cual valdrá este tipo de notificación siempre que quede constancia de la misma, con indicación del destinatario de la notificación y el contenido de ésta, debiendo incorporarse al expediente la correspondiente acreditación de dichos datos.

Ahora bien, por otra parte, el recurso se entiende correctamente interpuesto si se presenta por vía administrativa (Correos u otros órganos públicos competentes) el último día de plazo, aunque acceda al Registro de la Propiedad correspondiente días después (párrafo tercero del artículo 327 de la Ley Hipotecaria y artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, vigente cuando se interpuso el recurso); sin perjuicio de que no pueda prorrogarse el asiento de presentación del documento calificado, por impedirlo el párrafo cuarto del artículo 327 de la Ley Hipotecaria, si en el ínterin hubiera caducado (Resoluciones de 2 de julio de 2011 y 3 de junio, 22 de julio y 20 de noviembre de 2013).

Si se tiene en cuenta que en el supuesto objeto de este recurso, según el informe del registrador de la Propiedad y el resto de la documentación que obra en el expediente, la calificación se emitió con fecha 20 de junio de 2016 y fue notificada al recurrente con fecha 21 de junio de 2016 por vía telemática (lo cual se acredita con listado del programa registral de gestión y notificaciones), conforme a las anteriores reglas el plazo de interposición del recurso finalizó el día 21 de julio de 2016.

Por lo que dado que el recurso se interpuso mediante escrito remitido por correo certificado que tuvo su entrada en el Registro de la Propiedad el día 22 de julio de 2016, pero



que se presentó en la oficina del Servicio de Correos el día 21 de julio de 2016 –último día del plazo–, no cabe sino declarar que el escrito se ha presentado dentro de plazo y proceder a la admisión del recurso.

3. La cuestión de fondo del recurso radica en determinar si la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016, relativa a la determinación de cuándo los intereses moratorios de un préstamo hipotecario celebrados por profesionales con consumidores deben considerarse abusivos, es aplicable a las escrituras públicas de ese tipo de contratos, otorgadas antes de dicho fallo. A este respecto, la sentencia citada señala expresamente como límite máximo admisible de intereses moratorios en dichos supuestos los dos puntos porcentuales por encima del interés remuneratorio pactado, considerando abusivo el interés calculado conforme al límite legal del artículo 114.3.º de la Ley Hipotecaria (tres veces el interés legal del dinero), que sólo operará dentro de los supuestos previstos en el propio precepto, para aquellos casos distintos a la contratación con consumidores bajo condiciones generales, en que deberá aplicarse el citado límite objetivo de abusividad del interés remuneratorio incrementado en dos puntos.

El recurrente afirma a este respecto que no es posible atribuir carácter retroactivo a una sentencia sin publicación en Diario Oficial y sin «vacatio legis», ya que ni la Ley tiene tal carácter (vid. Resolución de 23 de marzo de 2013), y, por tanto, no se puede aplicar a escrituras que se otorgaron cuando esa sentencia no se podía conocer porque sencillamente no existía; y que la escritura se ajusta a derecho por cuanto se respeta el límite fijado en el artículo 114.3.º de la Ley Hipotecaria. En todo caso, afirma se afirma en el recurso, la normativa o jurisprudencia aplicable debería ser la existente en el momento de practicarse el asiento de presentación, pero nunca la aparecida después de él.

En materia de protección de consumidores el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de enero de 2015 y autos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de junio de 2015 y 17 de marzo de 2016, entre otros) ha señalado que, el límite cuantitativo fijado por la norma dispositiva del artículo 114.3.º de la Ley Hipotecaria no puede ser la única referencia para la determinación del límite al interés moratorio convencional en los préstamos hipotecarios, puesto que el juez nacional tiene que acudir para apreciar la abusividad a todos los criterios de comparación del tipo pactado con las normas nacionales aplicables en defecto de acuerdo. Es decir, que el artículo 114.3.º de la Ley Hipotecaria española puede constituir un límite legal de carácter general en la contratación de los préstamos hipotecarios encuadrables en su ámbito (préstamo o crédito concedido para la adquisición de la vivienda habitual del prestatario que constituye el objeto hipotecado), pero nunca un canon de abusividad cuando intervengan profesionales y consumidores, abusividad que deberá ser apreciada por los jueces en cada caso teniendo en cuenta el conjunto de su ordenamiento jurídico nacional y el comunitario, y no solo una norma, máxime cuando ésta sea dispositiva por limitarse a fijar un límite máximo o cuando no tenga un carácter general.

En definitiva, como señalan las citadas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: «1. Las normas españolas (dispositivas) no pueden prejuzgar la apreciación por el juez nacional del carácter abusivo de una cláusula de intereses moratorios. 2. El juez puede dejar sin efecto la cláusula abusiva, independientemente de lo que digan las normas nacionales, al amparo del artículo 6.1 la Directiva 93/13».

Por su parte el citado artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE dispone que «los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas», y el artículo 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que «las cláusulas abusivas serán

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas». Esta nulidad de las cláusulas abusivas opera «ipso iure», como tienen declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Supremo español (Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009 y 14 de junio de 2012 y Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo y 13 de septiembre de 2013, entre otras), es decir, que no necesita para su aplicación por las autoridades y funcionarios nacionales, incluidos los registradores de la Propiedad, de declaración judicial previa a consecuencia de una impugnación del consumidor.

Pues bien esa nulidad de una cláusula hipotecaria por abusividad y la consecuencia de que deba tenerse por no puesta, se aplica a todos los préstamos hipotecarios vigentes independientemente del momento de su firma y de si efectivamente se ha hecho uso de esa cláusula, incluso si la hipoteca se ha inscrito en el registro de la propiedad. Por tanto, si el carácter abusivo de los intereses moratorios puede ser invocado por los prestatarios, sobre la base del contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016, no sólo respecto de los préstamos o créditos autorizados con posterioridad a su fecha o a la de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» u otra medio oficial, sino también respecto de préstamos o créditos anteriores a tales fechas; igualmente podrá ser calificado por el registrador de la propiedad cuando el título que las contenga, cualquiera que sea su fecha, se presenta para su inscripción. Y es que la cuestión, específicamente en materia de abusividad, no radica en si las sentencias del Tribunal Supremo tienen o no eficacia retroactiva en sentido propio, sino que lo que hacen es interpretar normas vigentes cuyo sentido fijan, de tal manera que ese pasa a ser el significado que les corresponde desde que se promulgaron. El principio de irretroactividad opera respecto de las leyes y la jurisprudencia pero no respecto de la doctrina que las interpreta (Resolución de 21 de marzo de 2013), la cual puede tener en consideración la realidad social del tiempo en que aquellas deben ser aplicadas (artículo 3 del Código Civil).

Debe recordarse a este respecto, una vez más, que el ámbito de la calificación del registrador de la Propiedad en materia de abusividad, según la doctrina de esta Dirección General sintetizada en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de abril y 25 de septiembre de 2015, le permite rechazar la inscripción de tales cláusulas: a) cuando la nulidad por abusividad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, sin que sea necesario que conste inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación ya que tal exigencia infringiría el «principio de efectividad» de la normativa europea de protección de consumidores; siendo, no obstante necesario, a falta de tal inscripción, que la sentencia judicial proceda del Tribunal Supremo (con valor de jurisprudencia o casacional por provenir del Pleno de Sala), en cuanto fuente complementaria del derecho (artículo 1 del Código Civil), o responda a un criterio mayoritario y uniforme de los órganos judiciales superiores; y en todos los casos que se refieran al contrato de préstamo o crédito hipotecario, y b) cuando el carácter abusivo de la cláusula pueda ser apreciado directamente por el registrador de forma objetiva, sin realizar ningún juicio de ponderación en relación con las circunstancias particulares del caso concreto, bien porque coincidan con alguna de las tipificadas como tales en la denominada «lista negra» de los artículos 85 a 90 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios o bien por vulnerar otra norma específica sobre la materia, como el artículo 114.3.º de la Ley Hipotecaria (respecto de los intereses moratorios en su ámbito concreto de aplicación fijado por el Tribunal Supremo), con base en la doctrina de la nulidad «apud acta» recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2013. Por tanto, la cláusula que recoja intereses moratorios que



www.civil-mercantil.com

excedan de dos puntos por encima del interés remuneratorio pactado, deberá ser denegada ya que ese parámetro ha sido fijado expresamente por el Tribunal Supremo como criterio objetivo de abusividad por razones de seguridad jurídica con efectos «ex tunc».

4. También afirma el recurrente, como argumento en contra de la aplicación registral del criterio de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016, que las Sentencias del Tribunal Supremo para constituir jurisprudencia y, en consecuencia, poder tener fuerza en la forma de interpretar las normas, deben ser reiteradas, lo que no ocurre en este supuesto, y que no es admisible que con la excusa de interpretar una norma clara, finalmente la deja sin efecto alguno como ocurre con la citada sentencia que de hecho supone la derogación del artículo 114.3.º de la Ley Hipotecaria, en opinión del citado notario.

En cuanto a esta última afirmación debe rechazarse porque según la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de enero de 2015, los intereses moratorios abusivos y el límite fijado por el artículo 114.3.º de la Ley Hipotecaria operan en situaciones distintas, con diferentes reglas de juego, y obedecen a razones también diferentes. La nulidad de la cláusula que fija intereses moratorios abusivos se funda en la necesidad de proteger a todo consumidor ante la imposición de cláusulas que le perjudican considerablemente frente al empresario con el que contrata: se le protege porque el consumidor no negocia la cláusula, que es predispuesta e impuesta por el prestamista. Por eso, si la cláusula fija unos intereses desproporcionadamente altos, podrá calificarse de abusiva, y en consecuencia, nula aunque no exceda del límite del artículo 114.3.º de la Ley Hipotecaria, cuya finalidad es la de proteger a un tipo de prestatarios determinados: los que obtienen un crédito para financiar la adquisición de su vivienda habitual, respeto de todos los cuales seguirá funcionando como límite legal máximo. Además, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 de la que tratamos señala que «el art. 114.3 LH operará, dentro de los supuestos previstos en el propio precepto, para aquellos supuestos distintos a la contratación con consumidores bajo condiciones generales», frase que al tener la adquisición de la vivienda habitual por su destino un carácter de consumo, únicamente se puede referir al supuesto en que el acreedor no sea un profesional de la concesión de préstamos, supuesto en que solo operaría este límite legal y no el criterio de abusividad fijado en la Sentencia.

En cuanto a la cuestión de la necesidad de reiteración de Sentencias del Tribunal Supremo en un mismo sentido, para que el criterio que resulta de las mismas pueda ser aplicado por el registrador de la Propiedad en su calificación, cabe aquí reiterar lo expuesto en el punto anterior respecto a la calificación registral de las cláusulas abusivas y, también, la aplicación en materia de seguridad jurídica preventiva del llamado «principio de efectividad» de la Directiva de protección de los consumidores, del que el artículo 258.2 de la Ley Hipotecaria es una aplicación. Este principio de efectividad implica que los registradores de la Propiedad deban de abstenerse de colaborar en la aplicación de las llamadas cláusulas abusivas cuando existan bases objetivas para su consideración como tales (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de octubre de 2009, entre otras), como lo constituiría la existencia de sentencias reiteradas del Tribunal Supremo o una sentencia de dicho Tribunal con valor de jurisprudencia o interés casacional (artículos 493 y 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) por su asimilación práctica a aquellas.

Además, en el caso del que tratamos no ha sido una sola sentencia, sino dos, las que se han pronunciado por la fijación del citado criterio objetivo de abusividad en cuanto a los intereses moratorios en los contratos de préstamo y crédito, señalando como tales los que excedan de los intereses ordinarios pactados en más dos puntos: la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 para los préstamos personales y la de 3 de junio de 2016 para los préstamos hipotecarios; guardando ambas identidad de razón por cuanto la segunda se remite expresamente a la primera y adopta su mismo criterio delimitador.



www.civil-mercantil.com

5. Por último, en cuanto a la posibilidad de que se hubiera procedido a practicar la inscripción de la hipoteca excluyendo la cláusula relativa a los intereses moratorios, dado que el recurrente no recoge este argumento, procede únicamente reiterar ahora el criterio de este Centro Directivo (Resoluciones de 14 de diciembre de 2010, 7 de noviembre de 2012, 18 de febrero, 12 de septiembre y 3 de octubre de 2014 y 21 de enero, 30 de marzo y 14 de mayo de 2015), mantenido a partir de la reforma llevada a cabo por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, según el cual la inscripción parcial de los títulos, en caso de calificación suspensiva o denegatoria de una parte de los mismos, si el pacto o estipulación rechazados afecta a la esencialidad del contrato o negocio cuya inscripción se pretende, como ocurre respecto de la responsabilidad hipotecaria en cuanto al derecho real de hipoteca, exige la solicitud expresa del interesado o interesados (artículos 19 bis y 322 de la Ley Hipotecaria).

Así, respecto de un supuesto semejante al presente, la infracción del límite legal de intereses moratorios recogido en el artículo 114.3.º de la Ley Hipotecaria, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de noviembre de 2013 rechazó la inscripción siquiera parcial de la hipoteca argumentando que «siendo la ejecución de la hipoteca un procedimiento de naturaleza esencialmente registral, ya desde el mismo momento de la inscripción de la hipoteca debe quedar claro en qué términos se podrá, si llega el caso, ejecutar (art. 130 LH)» y, por tanto, «es en el título ejecutivo mismo donde se deberá proceder a un ajuste al contenido imperativo de la norma, respetando la prohibición de exceder los límites de intereses de demora impuesta en el reiterado apartado 3 del artículo 114 de la Ley Hipotecaria», doctrina que con las convenientes adaptaciones es también aplicable al supuesto objeto de este recurso.

La declaración de abusividad de una cláusula supone que se tenga por no puesta, con mantenimiento del contrato en los demás extremos si fuera posible su subsistencia sin la misma –artículos 6.1 de la Directiva 13/93/CEE y 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios–, e imposibilidad de moderación o integración registral o judicial de la estipulación, porque la abusividad se impone coactivamente al profesional como una sanción, de tal manera que, por ejemplo, en la materia de intereses moratorios que ahora nos ocupa, le impide cobrar nada en absoluto por tal concepto indemnizatorio, sin que proceda pronunciarse ahora acerca de las consecuencias registrales de la afirmación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 de que en el período de demora se seguirán cobrando los intereses remuneratorios. Ahora bien, este efecto sustantivo tan riguroso no se opone a la expresada doctrina de que la inscripción parcial exige la solicitud del interesado, porque en caso de suspensión del asiento registral, el préstamo seguirá operando entre las partes en sus mismos términos, lo único que ocurre es que carecerá de garantía hipotecaria.

No es cierto, tampoco, que la suspensión de la inscripción obligue a las partes a una moderación del contenido del contrato, porque, como ya se expuso en la Resolución de 20 de junio de 2016, la denegación registral de una estipulación abusiva supone la eliminación formal de la misma, y posibilita un nuevo acuerdo entre partes y ex novo pactar una mejora de la cláusula dejada sin efecto porque la calificación registral ha restablecido el equilibrio contractual y el consumidor con pleno conocimiento de causa, puede prestar un consentimiento libre e informado. Y es que, como también señalara la Resolución de 18 de noviembre de 2013, «el Registro de la Propiedad es una institución al servicio de la seguridad jurídica preventiva (cfr. artículo 9.3 de la Constitución) que, como tal, actúa ex ante, evitando litigios y situaciones de conflicto con el carácter preventivo y cautelar propio de su naturaleza, y en el campo del que ahora se trata de protección del consumidor, actúa mediante la exclusión de la cláusula abusiva del contrato antes que pueda haber comenzado a desplegar sus efectos sobre el prestatario», lo que hace, dado el carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca, que la



www.civil-mercantil.com

calificación registral actúe como una circunstancia más del proceso de contratación que deriva de la operativa del principio de efectividad de la protección de los consumidores dentro del ámbito de la seguridad jurídica preventiva.

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

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 19 de octubre de 2016. El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.