

DENEGACIÓN DE INSCRIPCIÓN DE CIERTOS PACTOS (INTERÉS MORATORIO, SUELO, RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA) DE ESCRITURA DE SUBSANACIÓN Y NOVACIÓN DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO¹

RDGRN de 9 de octubre de 2015

Pascual Martínez Espín
Centro de Estudios de Consumo
Catedrático acreditado de Derecho civil
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 1 de diciembre de 2015

1.- Objeto.

Es objeto de esta nota la RDGRN de 9 de octubre de 2015 que resuelve el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la Propiedad por la que se deniega la inscripción de ciertos pactos en una escritura de subsanación y novación de préstamo hipotecario de la entidad «Banco Popular Español, S.A.».

2. Hechos.

Mediante escritura otorgada el día 20 de mayo de 2015 se formalizó una escritura de novación de hipoteca en garantía de un préstamo constituida a favor de la entidad «Banco Popular Español, S.A.».

En la escritura objeto de calificación las partes intervinientes acuerdan efectuar una novación modificativa del préstamo autorizado. Las partes intervinientes acuerdan alargar el plazo de vencimiento y consiguientemente modificar los plazos de amortización del préstamo. Igualmente se modifican las cláusulas relativas al tipo de interés ordinario (interés fijo del 2'50 durante un año y posteriormente Euribor + 1'50) y moratorio (ordinario + 4'00). Por otro lado, se mantiene la cláusula suelo en el interés ordinario del 4'00% y no se altera la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria por interés de demora, del 14'5%.

La escritura fue objeto de la siguiente nota de calificación por el Registrador:

¹ Trabajo realizado en el marco del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) otorgado al Grupo de investigación y centro de investigación CESCO, *Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo*, dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera de la UCLM, Ref.: DER2014-5606-P.

a) En la Escritura existe una advertencia notarial al final del título: “En relación al interés de demora hago constar que el pactado no es superior a tres veces el interés legal del dinero vigente en el momento de la firma, según el artículo 251-6 del Código de Consumo de Cataluña (de 20 de Julio de 2010 tras la reforma de 2014) sin perjuicio de la posibilidad prevista en la cláusula de una variación al alza y que podría entrar en conflicto con dicha norma, de lo cual expresamente informa el Notario. Y la advertencia de que se consideran abusivas las cláusulas que fijen una variación a la baja del tipo de interés pero no a la subida.

b) Habiéndose redactado la escritura conforme a minuta facilitada por el banco y encontrándose claramente dentro del ámbito de aplicación, no se limita hasta el máximo legal esa variación ni se altera el pacto de constitución de la hipoteca y además no se introduce un límite a la subida proporcional, apreciándose los siguientes defectos:

1.–Aparece una variación de interés (señalada en puntos porcentuales sobre el ordinario) y un pacto de constitución respecto de los que no se señala la responsabilidad máxima garantizada calculada con el límite legal del 10,5%, pudiendo considerarse cláusulas abusivas y por tanto nulas de pleno derecho, debiendo rectificarse el clausulado para que pueda acceder al Registro de la Propiedad.

2.–Aparece un límite a la variación a la bajada (suelo) pero no al alza (techo), pudiendo considerarse cláusula abusiva y por tanto nula de pleno derecho, debiendo rectificarse el clausulado para que pueda acceder al Registro de la Propiedad.

3. La calificación del Registrador.

Las razones jurídicas aducidas por el registrador en su calificación para denegar la inscripción de las cláusulas de la escritura de novación de préstamo hipotecario son las siguientes:

a) los intereses moratorios que se fijan en atención a la variación de los intereses ordinarios adicionada en 4 puntos sin incluir el límite del Código de consumo Catalán de tres veces el interés legal del dinero en el momento de la formalización;

b) el pacto de constitución de hipoteca en la que se mantiene el tipo máximo a efectos hipotecarios de los intereses moratorios del 14,50% sin adaptarla al límite legal actual del 10,5% del Código de consumo Catalán, y

c) el límite a la variación a la baja de los intereses ordinarios fijado en el 4,00% pero sin señalar un límite a la variación al alza.

En Cataluña, el 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”.

El artículo transcrito no parece distinguir entre naturaleza obligacional del préstamo y naturaleza real de la hipoteca, por lo que donde la ley no distingue no parece que deba distinguirse. Además existiendo una variabilidad que puede entrar en conflicto con la norma y tratándose la garantía por mora de una responsabilidad máxima por la que se girarían los recibos impagados incluso sin haberse iniciado ejecución, debiera indicarse ésta hasta el máximo del límite legal calculado al 10,5% (que es tres veces el interés legal de la firma). Así mismo si tal y como señala el Notario se consideran abusivas las cláusulas desde un punto de vista legal por no haber límite de variación a la subida con la proporcionalidad que señala la Ley no cabe que dicho clausulado pueda acceder al Registro, con los efectos que le son inherentes.

En resumen, para que pueda inscribirse un interés de demora con variación al alza debe ajustarse al 10,5% la responsabilidad máxima que es tres veces el interés legal vigente en el momento de la firma no en el momento de la ejecución, recalculándose en su caso el pacto de constitución de hipoteca en este sentido y establecer un límite a la variación a la subida proporcional con la cláusula suelo establecida o eliminar la misma. Y concluye el registrador que dichas cláusulas no se ajustan a las exigencias del Código de Consumo de Cataluña tras la reforma introducida por la Ley 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 22/2010, del 20 de julio (DOGC número 6780, 31 de diciembre de 2014). En su virtud, el Registrador resuelve suspender la inscripción solicitada por la concurrencia del defecto mencionado. Todo ello sin perjuicio del derecho de los interesados de acudir a los Tribunales de Justicia para contender y ventilar entre sí sobre la validez o nulidad de los títulos calificados.

4. El recurso del Notario.

El recurso se fundamenta en los siguientes motivos:

En primer lugar, se alega que se trata de una novación modificativa que en nada altera los pactos que merecen el reproche del Registrador; tanto la cláusula suelo como la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria por interés moratorio se pactaron en la escritura inicial de constitución del préstamo hipotecario y constan inscritas, gozando consiguientemente de toda la eficacia legitimadora del Registro, bajo la salvaguardia de

los Tribunales de justicia (art. 1.3 de la LH). Entiende el Notario que, una vez accedieron al Registro los pactos indicados, únicamente cabría calificarlos de abusivos por los jueces y tribunales, no correspondiendo dicha facultad a otros operadores jurídicos como notarios y registradores.

Es discutible que la cláusula objeto del primer defecto señalado por el Registrador no se ajuste a la exigencia del artículo 251-6 del Código de Consumo catalán, relativa a la limitación al interés de demora. Las partes acuerdan un tipo de interés ordinario fijo del 2'5% hasta julio de 2016, siendo por tanto el interés de demora el 6'5% en el momento del otorgamiento del contrato. Además, por prever un escenario posible de evolución, si aplicásemos el interés variable previsto para después de esa fecha desde el mismo momento del otorgamiento, siendo el último Euribor publicado por el Banco de España del 0'163, el interés de demora no superaría en ningún caso el límite del 10'50 indicado en la calificación, ni siquiera aplicando la cláusula suelo que también es objeto de la misma. En todo caso, sería altamente deseable que se delimitaran los efectos de la citada reforma del Código de Consumo, siquiera para aplicarlo retroactivamente, como creemos que podría ocurrir en el caso concreto planteado. El citado Código considera abusivo en su art. 251-6 todo interés de demora que resulte superior a tres veces el interés legal del dinero vigente en el momento del otorgamiento (a diferencia de la LH que toma el del momento de devengo) y con relación a todo préstamo concedido a consumidores sin circunscribirse al ámbito de la adquisición de la vivienda habitual con garantía sobre ésta. Si resultase de aplicación el citado artículo del Código de consumo al tipo de interés de demora se estaría cumpliendo, como venimos de exponer, con las exigencias del mismo. Ello no obsta a que, por ser el tipo de interés ordinario variable, eventualmente (y no en el momento del otorgamiento y consiguiente calificación y control de abusividad) dichas variaciones pudieran sobrepasar el límite indicado por el Código de Consumo que en todo caso, insistimos, se refiere al momento del otorgamiento del contrato, con todas sus consecuencias: al tener que fijar un tipo de interés inamovible desde el principio puede ocurrir que el interés ordinario a partir del primer año (Euribor + 1'50) acabe siendo superior al de demora (3 veces el interés legal, pero el vigente a fecha del contrato) con independencia de que ambos índices oficiales, el interés legal del dinero y el Euribor experimenten en todo caso variaciones similares. En definitiva, una ley que tiene por objeto “garantizar la defensa y la protección de los derechos de las personas consumidoras y establecer, en el ámbito territorial de Cataluña, los principios y normas que deben regirlas para mejorar la calidad de vida de las personas consumidoras” (art. 111-1 CCC), puede acabar ocasionando, si se interpreta en el sentido de que el interés de demora es fijo e inamovible desde el otorgamiento, un manifiesto perjuicio para la persona consumidora en cuestión, que no podría beneficiarse de un pacto de variabilidad a la baja. Y a la inversa, si se entiende que opera como máximo, se estaría privando al acreedor de la posibilidad que deriva expresamente de la LH de adaptar el

interés de demora a las condiciones de mercado existentes en el momento del devengo. El resultado es que un interés de demora conforme con la LH, puede no serlo con el CCC, pues una cláusula redactada en estricto cumplimiento de la primera (demora variable en función del interés legal), colisionaría con la segunda si expresamente no señala como tipo máximo el de tres veces el interés legal del dinero vigente en la fecha de la firma (obligaría al acreedor a renunciar a una posibilidad de adaptación “al alza” que sí le ofrece la LH). Y a la inversa, una cláusula fiel a la norma del CCC, tampoco cumpliría con la LH, pues no recoge la posible evolución a la baja del interés legal, ya que fija un tipo de demora invariable. La DGRN debe proporcionar criterios para saber si las cifras de responsabilidad hipotecaria que se fijan en los préstamos y créditos otorgados o novados con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma de 2014 del Código de Consumo catalán, deben ajustarse no sólo a la Ley Hipotecaria, sino también a las indicaciones de la legislación catalana, de manera que pudiendo acceder a cualquier Registro de la Propiedad del territorio estatal, se denegase la inscripción del mismo préstamo en Cataluña, al ser apreciable por el Registrador la abusividad de un tipo máximo de responsabilidad por interés de demora del 14'5%, y debiendo por tanto inexcusablemente el notario denegar su ministerio.

Todo ello sin perjuicio de que cuando la escritura de novación deje subsistentes las cláusulas ya inscritas que pudiesen entrar en contradicción con la normativa catalana o estatal, su eventual abusividad sólo pueda ser declarada mediante resolución judicial firme.

En segundo lugar, la presente novación no tiene obligación alguna de ajustarse a los preceptos del Código de Consumo porque, al concertarse con una persona jurídica que no está actuando en el ámbito ajeno de su actividad empresarial o profesional, la propia Ley lo excluye de su ámbito de aplicación. Define el art. 111-2 del Código de Consumo catalán a las personas consumidoras y usuarias como personas físicas o jurídicas que actúan en el marco de las relaciones de consumo en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, y por tanto reconociendo expresamente que sus disposiciones legales están previstas para las operaciones que se concierten en otros contextos distintos al que motiva el presente recurso. Del mismo modo, en el ámbito estatal, el art. 3 del Texto Refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias, tras la reforma de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, incluye en su ámbito subjetivo de aplicación únicamente aquellas personas jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial. Así, por ejemplo, véase la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de 25 de febrero de 2015 (Nº de Resolución 83/2015), que en su Fundamento de Derecho segundo considera obvio que en ningún caso pueda ser de aplicación lo dispuesto en la LCGC al no tratarse de un contrato celebrado con un consumidor. La empresa demandada, dice, “no se halla protegida por la legislación tuitiva de consumo [...], al actuar en el ámbito propio de su actividad empresarial”.

Igualmente, la Sentencia del TJUE de 9 de julio de 2015, en el asunto C-348/14 (Maria Bacura v. SC Sancpost SA), determina que es consumidor la persona física que actúa con un fin que puede ser considerado como extraño a su actividad comercial o profesional, de acuerdo con el artículo 1º, párrafo 2b) de la Directiva 93/13. Incluso en el caso de que se trate de un codeudor que se encuentre en una situación análoga a la del deudor en términos de obligaciones contractuales con respecto al profesional con el que haya firmado el contrato, no hay lugar a distinguir entre el deudor y el codeudor en lo que respecta a la aplicación de las directivas comunitarias 87/102 y 93/13 en dicho contrato. Este pronunciamiento nos parece especialmente relevante en el caso objeto del presente expediente, ya que intervienen como avalistas de la sociedad deudora/hipotecante cuatro personas físicas, una de ellas actuando también en representación de una sociedad como administrador solidario y ostentando también las demás cargos de representación orgánica o voluntaria.

5. La competencia de la DGRN.

La DGRN 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 la notaria recurrente como el registrador calificador, ya que la primera interpuso el recurso ante la 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.

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. Pero, por el contrario, cuando la calificación impugnada o los recursos se fundamenten además, o exclusivamente, en otras normas o motivos ajenos al Derecho catalán (los denominados “recursos mixtos”), 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 327 de la Ley Hipotecaria (Resoluciones de 14 de junio y 10 de noviembre de 2011).

6. El derecho aplicable según la DGRN.

a) Sobre intereses moratorios.

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 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 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 señaló la Resolución de 25 de septiembre de 2015 respecto a la limitación de los intereses moratorios, 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.

b) Sobre limitación a la variabilidad de tipos de interés.

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 la sentencias anteriormente citadas, 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 sólo 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 la DGRN, gozan de competencia para determinar la legalidad o constitucionalidad de las disposiciones que el primero ha de aplicar en el ejercicio de su función, sino que el registrador debe limitarse a aplicar el ordenamiento jurídico vigente en cada momento, si bien los efectos civiles y registrales de dicha aplicación serán los determinados por la legislación estatal.

Además, debe tenerse en cuenta que las Comunidades Autónomas, con base en el reparto constitucional previsto en el artículo 149.1 de la Constitución Española, gozan de competencias legislativas en materia de ordenación del crédito (artículo 149.1.11.^a) pudiendo desarrollar la legislación básica del Estado en materia de protección de los clientes de servicios y productos bancarios, 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.

7. Aplicabilidad de la normativa del Código de consumo Catalán a las escrituras de novación de préstamos y créditos hipotecarios.

Es doctrina reiterada de la DGRN que en las escrituras de modificación de préstamos o créditos hipotecarios realizadas en el marco de la Ley 2/1994 de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, no es necesario realizar una adaptación de todas sus cláusulas a las distintas reformas legislativas que se hubieran aprobado desde el otorgamiento de la correspondiente escritura de constitución, por ejemplo las llevadas a cabo por la Ley 1/2013 en materia de protección de los deudores hipotecarios, sino que tal adaptación a las exigencias impuestas por las nuevas leyes en materia de protección de los consumidores o cualquier otra, sólo será precisa respecto de aquellos tipos de cláusulas que sean objeto expreso de la modificación por cuanto el mandato legal va dirigido a las escrituras constitución de hipoteca (vid Resoluciones de 29 de octubre y 9 de diciembre de 2013 y 24 de febrero de 2014), y ello sin perjuicio, claro está, del correlativo ajuste que la propia normativa hipotecaria o la coherencia contractual imponga, en su caso, en aquellas otras cláusulas que estén íntimamente relacionadas con las que son el objeto principal de la novación hipotecaria.

Por tanto, en la medida que las modificaciones llevadas a cabo en una escritura de novación de préstamo hipotecario no afecten a los intereses moratorios y/o a los intereses ordinarios con implicación de una limitación a la baja de la variabilidad de los mismos, como ocurriría si sólo se modificara el plazo, el sistema de amortización o alguna causa de vencimiento anticipado, no será necesario el ajuste de las cláusulas relativas a ambos tipos de interés a la norma contenida en el artículo 251-6, número 4, del Código de consumo de Cataluña, en la medida que el mismo sea aplicable.

En este contexto, es cierto que el citado artículo 251-6 del Código de consumo de Cataluña considera abusivas determinadas cláusulas de intereses ordinarios y moratorios de los contratos de crédito y préstamo hipotecario, pero no exige, en ningún caso, entre otras razones por motivos competenciales, la actualización de las correspondientes

escrituras de constitución que las contuvieran, actualización expresa que tampoco es impuesta por ninguna norma de naturaleza estatal.

En el presente supuesto la novación afecta específicamente a las cláusulas de intereses remuneratorios y de demora, ya que las modificaciones pactadas se concretan: a) en una ampliación del plazo de vencimiento del préstamo y modificación consecuente de los plazos de amortización; b) en la alteración del tipo de interés ordinario que es fijado en el 2,50% durante el año siguiente a la novación, interés que posteriormente pasará a ser el resultado de adicionar al Euribor un diferencial de 1,50 puntos, el cual se modifica, con mantenimiento expreso del suelo o límite mínimo de variabilidad en el 4,00%, e incorporando la expresión manuscrita de los deudores que a estos efectos impone el artículo 6 de la Ley estatal 1/2013, cuya concreción se desconoce; c) en la alteración del interés moratorio que queda fijado en el resultado de adicionar al interés ordinario un diferencial de 4 puntos, el cual se modifica expresamente, y sin adaptar el tipo máximo de responsabilidad hipotecaria por interés de demora que expresamente se mantiene en el 14,50%, y d) en la adaptación de la cláusula de vencimiento anticipado, señalando que el mismo tendrá lugar en caso de impago de las tres cuotas mensuales o su equivalente del artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Se infiere claramente de la escritura de novación objeto del recurso un deseo de las partes de adaptarse a la normativa de protección de consumidores estatal como lo prueba el hecho de incorporarse la «expresión manuscrita» del deudor acerca de las consecuencias económicas que asume al existir una cláusula suelo en los intereses ordinarios, o la adaptación expresa de la cláusula de vencimiento anticipado por impago a los tres plazos fijados por el reformado artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin embargo, no existe una adaptación paralela a lo dispuesto en el artículo 251.6, número 4, del Código de consumo de Cataluña, el cual, como se ha analizado anteriormente, también es aplicable en este supuesto. De lo anterior pueden extraerse las siguientes consecuencias:

1) Aunque se ha modificado expresamente la cláusula relativa a los intereses ordinarios, el límite mínimo de variabilidad a la baja por confirmación expresa se mantiene inalterado en el 4,75%, y en la medida que es aplicable la legislación catalana de consumo, falta la fijación de un límite paralelo de la variabilidad de los intereses al alza que se ajuste a los parámetros que impone dicha legislación o, alternatively, la incorporación de una expresión manuscrita en que el prestatario manifieste su comprensión real de en qué medida le afecta la concreta cláusula limitativa de la variabilidad.

2) Habiéndose modificado expresamente la cláusula relativa a los intereses moratorios en virtud de la alteración de su diferencial, bajo la misma circunstancia condicionante expuesta para los intereses ordinarios, falta la fijación expresa del límite máximo de tres veces el interés legal del dinero en el momento de la formalización –que sería el 10,50%– que impone la citada legislación autonómica.

3) Enlazada con esta modificación de los intereses moratorios se encuentra el mantenimiento en la escritura de novación, en el concepto de la responsabilidad hipotecaria que garantiza los mismos, del tipo máximo del 14,50% a efectos hipotecarios, cuando a efectos obligaciones y de conformidad con lo expuesto en el párrafo anterior, el límite máximo posible sería del 10,50% durante toda la duración del contrato. Pues bien, también en esto se confirma el criterio del registrador porque, como tiene reiterado la Dirección General (vid Resoluciones de 5 de noviembre de 1999, 9 de enero, 25 de abril, 2, 4 y 14 de septiembre de 2002 y 26 de noviembre de 2013), el carácter accesorio de la hipoteca respecto del crédito garantizado (ver artículos 104 de la Ley Hipotecaria y 1857 del Código Civil) implica la imposibilidad de discrepancia entre los términos definitorios de la obligación asegurada y los de la extensión objetiva de la hipoteca en cuanto al crédito (cfr. artículos 9 y 12 de la Ley Hipotecaria), de modo que, por ejemplo, no existiendo devengo de intereses moratorios no podrá existir garantía hipotecaria de los mismos o, como ocurre en el supuesto objeto de este recurso, siendo el tipo máximo de interés moratorios a efectos obligacionales del 10,50%, no cabe que su cobertura hipotecaria tenga un tipo máximo del 14,50% porque nunca podrán devengarse intereses de demora a dicho tipo. Téngase en cuenta, además, que ni siquiera la interpretación sistemática de las cláusulas del contrato (cfr. artículo 1285 del Código Civil), en el caso que ello fuera posible, podría permitir al registrador entender implícitamente modificada la cobertura hipotecaria ya que explícitamente se ha convenido el mantenimiento de los anteriores límites de dicha cobertura.

Adicionalmente, en el caso de que la finalidad del préstamo fuera la adquisición de la vivienda habitual del prestatario persona física –lo que no ocurre en el presente supuesto–, como señala la Resolución de 29 de mayo de 2014, dicha responsabilidad hipotecaria por intereses moratorios deberá también limitarse expresamente a una cifra que no exceda de tres veces el interés legal del dinero, ya que tal límite puede llegar a ser inferior al actual 10,50% de la regulación catalana y viene impuesto por el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, que es una norma de jerarquía superior al Código de consumo Catalán, el cual no puede impedir su aplicación en caso de concurrir el supuesto que provoca su aplicación.

8. Intereses moratorios.

La legislación estatal, tras la Ley 1/2013, los regula, en el párrafo tercero del artículo 114 de la Ley Hipotecaria que dispone que «los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil»; de donde se infiere que la limitación a los intereses moratorios sólo opera en los contratos del préstamo o

crédito hipotecarios destinados a la adquisición de la vivienda habitual del deudor, en este caso, ontológicamente persona física, y en los que se hipoteca dicha vivienda habitual, es decir, no son aplicables a préstamos o créditos hipotecarios con otra finalidad, aunque lo sean con fines de consumo, el deudor tenga la condición de consumidor y la finca hipoteca constituyera su domicilio habitual. En tales casos el registrador –fuera del ámbito catalán–, sólo podrá rechazar su inscripción si existiere una resolución judicial del Tribunal Supremo –o sentencias de órganos judiciales superiores consolidada– que ya hubiere declarado la abusividad de una cifra concreta de intereses moratorios en el ámbito de los préstamos hipotecarios.

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

En el supuesto objeto del recurso que motiva esta nota la finalidad del préstamo garantizado con la hipoteca que se modifica no es la adquisición de la vivienda habitual de los prestatarios ya que éstos son personas jurídicas; por lo que no resulta aplicable, y no lo hace el registrador, la legislación estatal, ya que el ámbito de esta limitación del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, como tiene declarado la Dirección General (vid Resolución de 25 de abril de 2014), no puede ser extrapolado a supuestos no contemplados en la norma ni ser objeto de interpretación extensiva.

Sin embargo, sí será aplicable, en tanto no se presente recurso ante el Tribunal Constitucional, la citada norma autonómica y, en consecuencia, el registrador deberá rechazar la inscripción de la cláusula discutida en cuanto contraria a una norma prohibitiva. Eso es lo que precisamente ha hecho el registrador, por lo que este defecto es confirmado por la DGRN al encontrarse suficientemente fundamentada la nota de calificación y haber actuado el registrador dentro del marco de extensión de sus facultades calificadoras.

9. Cláusula suelo.

Respecto de los pactos que fijan un límite a la variación a la baja de los intereses remuneratorios debe señalarse que la legislación estatal los regula en 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 contruidos 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 contruidos o por construir. Concurriendo dichas circunstancias el registrador –fuera del ámbito catalán- sólo 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 «4. 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 sólo 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 –persona física o jurídica-, siempre que junto con el límite de

la variación a la baja del tipo de interés ordinario concorra alguna de las circunstancias expuestas.

En el presente caso, los prestatarios son personas jurídicas, lo que ya de por sí excluye la aplicación del artículo 6 de la Ley estatal 1/2013; concurriendo, sin embargo, los presupuestos de aplicabilidad de la normativa autonómica ya que existiendo un límite de variación de los intereses a la baja, no se ha fijado un límite al posible aumento de los mismos. Por tanto, mientras no se presente recurso ante el Tribunal Constitucional, la citada norma autonómica se encuentra en vigor y, en consecuencia, el Registrador rechazó la inscripción de la cláusula discutida en los términos que resulten de los efectos civiles y registrales regulados por la legislación estatal para este tipo de cláusulas, es decir, la necesidad de elaborar la expresión manuscrita por parte del prestatario.

10. Otras cuestiones.

Dos cuestiones fundamentales se abordan en la resolución comentada:

a) En primer lugar, la resolución aborda la alegación «ex novo» de la notaria recurrente de que los prestatarios son personas jurídicas, las cuales no tienen la condición de consumidores sino que actuaron en el ámbito de su actividad empresarial y profesional y que, por tanto, no procede la aplicación de la norma catalana de referencia por ser su ámbito subjetivo de aplicación el de los deudores consumidores.

Frente a esta afirmación, el artículo 111-2 del Código de consumo de Cataluña atribuye la condición de consumidores tanto a las personas físicas como las personas jurídicas siempre que unas y otras «actúen en el marco de las relaciones de consumo en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional», y que en toda la escritura de novación objeto de este expediente la notaria autorizante ha calificado a los prestatarios personas jurídicas como consumidores poniendo como ejemplo de esta consideración: la fórmula final utilizada en la escritura en que la notaria «asegura que las personas “consumidoras” han comprendido correctamente toda la información obligatoria referida al Contrato hipotecario antes de firmarlo después de haberles preguntado expresamente sobre el particular»; la valoración como abusivas de las dos cláusulas objeto de este recurso de lo que advierte a los prestatarios; el tratamiento de las personas jurídicas prestatarias como consumidor en otras diversas estipulaciones de la escritura sin mención alguna a que actuaran en el marco de su actividad empresarial, o la emisión de una innecesaria expresión manuscrita reservada en principio por la legislación estatal sólo para las personas físicas consumidoras.

Ante esta concluyentes afirmaciones de la condición que la notaria autorizante atribuyó a las personas jurídicas prestatarias en la escritura pública que motiva este expediente, la DGRN confirma, también en este punto, la calificación registral, ya que no es el escrito de interposición del recurso el lugar adecuado para la manifestación del interesado persona jurídica, de que en realidad no actuó en una relación de consumo

sino en el ámbito de su actividad profesional, sino que esa manifestación debió realizarse en una escritura de subsanación o aclaración de la escritura de novación hipotecaria.

b) Por último, en cuanto a la alegación por parte de la recurrente de que al tratarse de la aplicación de una norma autonómica y no preverse en el Código de consumo de Cataluña el efecto de la nulidad de la cláusula que el mismo declara abusiva, sino únicamente una sanción económico administrativa, el registrador debería haber procedido a la inscripción por cuanto la cláusula sería civilmente válida; se trata de un argumento que es rechazado por la RDGRN. Efectivamente, en tanto la norma catalana de referencia deba ser aplicada, sus efectos civiles y registrales vendrán determinados por la legislación estatal, y ésta, en el caso de la cláusula relativa a los intereses moratorios máximos, ya consideremos que se trata de un límite o prohibición legal «strictu sensu» o de una declaración de abusividad por disposición legal, determina su nulidad de pleno derecho y, por tanto, su no inscripción (artículos 8 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación y 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios); mientras que en el caso de la cláusula relativa a la limitación a la baja de la variabilidad de los intereses ordinarios, determina la necesidad a efectos de inscripción de la elaboración de la repetida expresión manuscrita por el prestatario como requisitos de transparencia o conocimiento efectivo.

En conclusión, se confirma la calificación registral y se deniega la inscripción de las cláusulas de intereses moratorios, suelo y de cifra máxima de responsabilidad hipotecaria por interés de demora.