

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

10699 *Resolución de 13 de septiembre de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Torrejón de Ardoz n.º 1, por la que se deniega la inscripción de determinada cláusula de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.*

En el recurso interpuesto por doña G. G. F., en representación de la entidad «Banco Grupo Cajatres, S.A.», contra la calificación del registrador de la Propiedad de Torrejón de Ardoz número 1, don Carlos Ballugera Gómez, por la que se deniega la inscripción de determinada cláusula de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el 30 de abril de 2013 por el notario de Torrejón de Ardoz don José María Piñar Gutiérrez, la entidad «Banco Grupo Cajatres, S.A.», concedió un préstamo a don Francisco Javier y don Pedro José A. O. con garantía hipotecaria sobre una finca inscrita en el Registro de la Propiedad de dicha ciudad.

En dicha escritura se pacta un tipo de interés variable, con tipo inicial del 3,85 por ciento nominal anual durante los primeros doce meses, revisable anualmente mediante la adición de cuatro puntos al tipo de referencia (Euribor). Además, en la cláusula financiera tercera, apartado 3.D, se expresa lo siguiente: «Tipos máximo y mínimo.—No obstante, las partes acuerdan expresamente que el tipo de interés aplicable a casa periodo en ningún caso podrá ser inferior al mínimo pactado del 3,25 por ciento nominal anual ni superior al máximo del 9,25 por ciento nominal anual». Las restantes circunstancias de la escritura se detallan en el primer fundamento de Derecho de la presente Resolución.

II

Presentada copia autorizada de la escritura en el Registro de la Propiedad de Torrejón de Ardoz número 1, fue objeto de la siguiente calificación por el registrador don Carlos Ballugera Gómez, mediante nota extendida en el documento presentado que a continuación se transcribe únicamente respecto del defecto objeto de impugnación: «El registrador de la propiedad que suscribe, previo examen y calificación del documento precedente de conformidad con los artículos 18 d la Ley Hipotecaria y 98 a 100 de su Reglamento, ha procedido a la inscripción en el día de hoy del derecho real de hipoteca, a favor de «Banco Grupo Cajatres, S.A.», en la forma que consta en la nota simple que se acompaña al folio 217 del tomo 4373 del Archivo, libro 1.598 de esta villa, inscripción 4.^a de la finca número 81036, quedando expresamente inscritas las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado y con excepción de las siguientes estipulaciones: [...] Tampoco ha sido inscrito el punto 3D de la cláusula tercera financiera: «Tipos máximo y mínimo.—No obstante, las partes acuerdan expresamente que el tipo de interés aplicable a cada período en ningún caso podrá ser inferior al mínimo pactado del 3,00 por ciento nominal anual ni superior al máximo del 9,00 por ciento nominal anual», que se deniega por falta de reciprocidad y ser contraria a los arts. 82 y 87 TRLGDCU y de conformidad con los siguientes Hechos: 1.—Se pacta un interés inicial del 3%. El interés nominal inicialmente pactado variará una vez transcurrido el tercer año y a partir de dicha fecha se aplicará en cada año sucesivo el tipo de referencia interbancaria a un año «Euribor». 2.—Se fija una cláusula de variabilidad del tipo de interés. 3.—Se fijan unos límites a la variabilidad que impiden al tipo de interés

resultante bajar del 3%. Fundamentos jurídicos 1.–Se recogen y asumen los fundamentos jurídicos de las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante de 13 setiembre 2012 y del Juzgado Mercantil núm. 1 de Córdoba de 16 noviembre 2012 sobre la falta de reciprocidad de la cláusula, que a estos efectos se dan por reproducidos. 2.–Hay que añadir que en el presente caso la cláusula sólo contempla la posibilidad de subidas respecto del tipo de interés inicial lo que desvirtúa y deja sin efecto la pretendida variabilidad del tipo de interés. Ello contradice los arts. 82 y 87 TRLGDCU. 3.–Como el contrato contiene estipulaciones contradictorias, como es la cláusula de variabilidad del tipo de interés de un lado, y el límite a la bajada del mismo, por otro, en caso de contradicción entre estipulaciones debe prevalecer la más beneficiosa para la persona consumidora conforme a los arts. 6 LCGC y 1288 CC, por lo que la cláusula sobre límite de bajada del tipo de interés debe tenerse por no puesta. [...] Advertencia especial por la existencia de condiciones generales de la contratación. Se advierte a los interesados que habida cuenta de la existencia de condiciones generales, el contrato objeto del precedente documento queda sujeto a los efectos de la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación. Dada la exclusividad de la predisposición o redacción del contenido contractual, o si se prefiere, la falta de intervención en la misma del adherente, la imposición a éste por el acreedor del contenido de la cláusula suelo, constituye al último en la responsabilidad de informar a su cliente, a cuyos intereses en el contrato ha dado forma unilateralmente el acreedor, del hecho de la denegación contenida en este acto conforme a los arts. 1258 CC, 57 CCO, 5.1.1 LCGC y a las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1950 (RJ 1950\387) y 16 de octubre de 1978 (RJ 1978\3076). Contra esta calificación negativa parcial (...) Registro Propiedad de Torrejón de Ardoz 1 a día dieciséis de mayo del año dos mil trece». La nota de calificación que se notificó al recurrente, que acompaña al escrito de recurso tiene el siguiente texto: «El registrador de la propiedad que suscribe, previo examen y calificación del documento presentado por don ... el día 30/04/2013, bajo el sientto ..., que corresponde al documento otorgado –sic- por el notario de Torrejón de Ardoz don José María Piñar Gutiérrez, con el número 1366/2013 de su protocolo, de fecha 30/04/2013, ha procedido a la inscripción en el día de hoy del derecho real de hipoteca, a favor de «Banco Grupo Cajatres, S.A.» en la forma que consta en la nota simple que se acompaña al folio 217 del tomo 4373 del Archivo, libro 1.598 de esta villa, inscripción 4.ª de la finca número 81036, quedando expresamente inscritas las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado y con excepción de las siguientes estipulaciones: [...] Tampoco ha sido inscrito el punto 3D de la cláusula tercera financiera: «Tipos máximo y mínimo.–No obstante, las partes acuerdan expresamente que el tipo de interés aplicable a cada período en ningún caso podrá ser inferior al mínimo pactado del 3,00 por ciento nominal anual ni superior al máximo del 9,00 por ciento nominal anual», que se deniega por falta de reciprocidad y ser contraria a los arts. 82 y 87 TRLGDCU y de conformidad con los siguientes Hechos: 1.–Se pacta un interés inicial del 3%. El interés nominal inicialmente pactado variará una vez transcurrido el tercer año y a partir de dicha fecha se aplicará en cada año sucesivo el tipo de referencia interbancaria a un año «Euribor». 2.–Se fija una cláusula de variabilidad del tipo de interés. 3.–Se fijan unos límites a la variabilidad que impiden al tipo de interés resultante bajar del 3%. Fundamentos jurídicos: 1.–Se recogen y asumen los fundamentos jurídicos de las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante de 13 setiembre 2012 y del Juzgado Mercantil núm. 1 de Córdoba de 16 noviembre 2012 sobre la falta de reciprocidad de la cláusula, que a estos efectos se dan por reproducidos. 2.–Hay que añadir que en el presente caso la cláusula sólo contempla la posibilidad de subidas respecto del tipo de interés inicial lo que desvirtúa y deja sin efecto la pretendida variabilidad del tipo de interés. Ello contradice los arts. 82 y 87 TRLGDCU. 3.–Como el contrato contiene estipulaciones contradictorias, como es la cláusula de variabilidad del tipo de interés de un lado, y el límite a la bajada del mismo, por otro, en caso de contradicción entre estipulaciones debe prevalecer la más beneficiosa para la persona consumidora conforme a los arts. 6 LCGC y 1288 CC, por lo que la cláusula sobre límite de bajada del tipo de interés debe tenerse por no puesta. 4.–Conforme a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 la cláusula adolece de una falta de transparencia que también impide su inscripción por las

siguientes razones: a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia repercutirán en una disminución del precio del dinero. b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo. d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascarados y que diluyen la atención del consumidor. e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual. f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad. [...] Advertencia especial por la existencia de condiciones generales de la contratación. Se advierte a los interesados que habida cuenta de la existencia de condiciones generales, el contrato objeto del precedente documento queda sujeto a los efectos de la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación. Dada la exclusividad de la predisposición o redacción del contenido contractual, o si se prefiere, la falta de intervención en la misma del adherente, la imposición a éste por el acreedor del contenido de la cláusula suelo, constituye al último en la responsabilidad de informar a su cliente, a cuyos intereses en el contrato ha dado forma unilateralmente el acreedor, del hecho de la denegación contenida en este acto conforme a los arts. 1258 CC, 57 CCO, 5.1.1 LCGC y a las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1950 (RJ 1950\387) y 16 de octubre de 1978 (RJ 1978\3076). Contra esta calificación negativa parcial (...) Registro Propiedad de Torrejón de Ardoz 1 a día dieciséis de mayo del año dos mil trece».

III

Mediante escrito presentado en el Registro de la Propiedad de Torrejón de Ardoz número 1, el 14 de junio de 2013, doña G. G. F., en representación de la entidad «Banco Grupo Cajatres, S.A.», interpuso recurso contra la referida calificación, únicamente respecto del defecto que se ha transcrito, con los siguientes fundamentos jurídicos: «Primero.–La calificación recurrida contiene hechos y fundamentos jurídicos que no se corresponden con el contenido del título calificado, en concreto: a.–El interés inicial pactado no es del 3%, no tiene una vigencia de 3 años, ni luego se aplica el Euribor. Por el contrario, conforme resulta de la escritura, el tipo inicial es del 3,85%, tiene una duración de 12 meses y transcurrido ese periodo inicial, se aplica el Euribor incrementado en 4 puntos. b.–El tipo mínimo pactado no es del 3% sino del 3,25%. El error sobre los hechos consignados en la calificación conlleva que sean igualmente erráticos las conclusiones o fundamentos basados en ellos, así: (i).–La cláusula suelo no sólo contempla la posibilidad de subidas respecto del tipo de interés inicial, como erróneamente afirma el Registrador, puesto que el tipo inicial pactado es del 3,85% y el tipo mínimo del 3,25%. (ii).–No existe por tanto, la contradicción afirmada en el fundamento jurídico 3.º Respecto al último fundamento, lo abordaremos en detalle en el Motivo Tercero. Es evidente que la calificación se ha basado en una escritura distinta a la calificada, circunstancia que por si sola debe llevar a su revocación. Segundo.–Extralimitación del Registrador de la Propiedad en su función calificador. La calificación recurrida infringe la reiterada doctrina de la Dirección General de Registros y Notariado sobre los límites legales a la actividad calificador del Registrador respecto a las cláusulas financieras en la inscripción del derecho real de hipoteca, doctrina que ha hecho suya la jurisprudencia más reciente. Debemos tener en cuenta que la calificación impugnada se ha emitido al amparo del art. 12 de la Ley Hipotecaria, en la redacción dada por la vigente Ley 41/2007 de 7 de diciembre, conforme al cual: «En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de responsabilidad hipotecaria identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración./ Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 marzo (RCL 1981, 900), de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el

asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización». La doctrina de la DGRN sobre la exégesis del precepto indicado es clara, y delimita las facultades de valoración de las cláusulas financieras por parte de los Registradores de la Propiedad. Dicha doctrina aparece recogida en la Resolución de 1 octubre 2010 (RJ\2010\5273), conforme a la cual: «El contenido del artículo 12 de la Ley Hipotecaria (RCL 1946, 886), tal y como aparece configurado tras su última reforma, ha suscitado un vivo debate en torno a su significado y alcance, como consecuencia de las dudas interpretativas que plantea su tenor literal. Dichas dudas únicamente pueden ser resueltas tras recordar los objetivos perseguidos por el legislador con la reforma y después de realizar un adecuado análisis del precepto que garantice su coherencia tanto con los principios que rigen nuestro sistema registral como con la normativa específica que regula, al igual que el precepto mencionado, otros aspectos del mercado hipotecario. A la luz de estos presupuestos, que serán desarrollados a continuación, es posible alcanzar dos conclusiones básicas. La primera es que esas «cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras» a las que se refiere el párrafo segundo del citado artículo 12 han de inscribirse en el Registro de la Propiedad, siempre y cuando el Registrador haya calificado favorablemente aquellas otras que, por configurar el contenido del derecho de hipoteca, tienen trascendencia real. La segunda es que el reflejo registral de tales cláusulas necesariamente se efectuará en los términos que resulten de la escritura de formalización de la hipoteca, a menos que su nulidad hubiera sido declarada mediante sentencia o fueran contrarias a una norma imperativa o prohibitiva redactada en términos claros y concretos, sin que el Registrador pueda realizar cualquier tipo de actividad valorativa de las circunstancias en las que se desenvuelva el supuesto de hecho. (...) De este modo, dentro de los límites inherentes a la actividad registral, el Registrador podrá realizar una mínima actividad calificadora de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, en virtud de la cual podrá rechazar la inscripción de una cláusula, siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el Registrador sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto. Ello supone que la función calificadora se limitará exclusivamente a la mera subsunción automática del supuesto de hecho en una prohibición específicamente determinada en términos claros y concretos. Dicho de otro modo, el control sobre dichas cláusulas deberá limitarse a las que estén afectadas de una tacha apreciable objetivamente (porque así resulte claramente de una norma que exprese dicha tacha), sin que puedan entrar en el análisis de aquellas otras que, por tratarse de conceptos jurídicos indeterminados o que puedan ser incluidos en el ámbito de la incertidumbre sobre el carácter abusivo (p.ej., basado en el principio general de la buena fe o el desequilibrio de derechos y obligaciones), sólo podrán ser declaradas abusivas en virtud de una decisión judicial». Esta doctrina ha sido acogida por nuestra más reciente jurisprudencia, de la que son un claro exponente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 4.ª). Sentencia núm. 210/2012 de 23 abril (AC\2012\2301), así como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 3.ª) Sentencia de 1 abril 2011(AC\2011\1178), entre otras, que no procedemos a extractar en cuanto asumen y reproducen literalmente el criterio recogido en la resolución transcrita de la DGRN. De igual modo, cabe extraer la misma conclusión de la reciente Sentencia del T.S., 241/2013 de 9 de mayo de 2013, a la que alude el Registrador en el fundamento jurídico 4.º de su calificación, cuando invocando la normativa Europea sobre tutela de los derechos de los consumidores, reserva a los jueces su control y en último término atribuye a los propios consumidores la decisión de impugnar o no las cláusulas que nos ocupan. En concreto, el TS afirma que: «Ahora bien, la finalidad de la Directiva es la tutela del consumidor, por lo que frente a la regla de que la nulidad absoluta -no la anulabilidad- la puede invocar cualquiera de quienes fueron parte en el contrato nulo o con cláusulas nulas, la nulidad absoluta de las cláusulas abusivas nada más entra en juego cuando operan en «detrimento del consumidor», de tal forma que la obligación de garantizar la efectividad de la protección conferida por la Directiva, en lo que respecta a la sanción de una cláusula abusiva, no permite imponer la nulidad en contra de la voluntad del consumidor,

ya que frente al desequilibrio de las posiciones de empresario y consumidor el Ordenamiento reacciona con un tratamiento asimétrico y atribuye a este la decisión de invocarla.» Para continuar proclamando que: «(...) el Tribunal de Justicia ha declarado que el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula 119. Finalmente, también apuntan en este sentido las conclusiones de la Abogado General de 28 de febrero 2013 C-32/12, Duarte Hueros, punto 53, según el cual «[c]on independencia de cuál sea la medida elegida por el juez nacional, deberán tenerse en cuenta dos cosas. En primer lugar, dicha medida no puede adoptarse contra la voluntad del actor. Precisamente, el derecho a la tutela judicial efectiva también implica la potestad de no ejercitar los derechos propios. Por ello, debe averiguarse cuál es la voluntad concreta del consumidor». Y concluir con la misma idea declarando que: «Finalmente, también apuntan en este sentido las conclusiones de la Abogado General de 28 de febrero 2013 C-32/12, Duarte Hueros, punto 53, según el cual «[c]on independencia de cuál sea la medida elegida por el juez nacional, deberán tenerse en cuenta dos cosas. En primer lugar, dicha medida no puede adoptarse contra la voluntad del actor. Precisamente, el derecho a la tutela judicial efectiva también implica la potestad de no ejercitar los derechos propios. Por ello, debe averiguarse cuál es la voluntad concreta del consumidor» En el presente caso, es evidente que el Sr. Registrador contraviene la doctrina expuesta sobre las facultades calificativas de las cláusulas financieras, al integrar un concepto jurídico indeterminado como es el de la reciprocidad, y subsumir en el concepto indicado unos hechos sobre los que no ha practicado prueba valorativa alguna sobre las circunstancias concurrentes, lo que por otra parte le está vedado, por tratarse de facultades propias de la función jurisdiccional. Asimismo y conforme a la normativa Europea citada por el Alto Tribunal, es el consumidor afectado en cada momento quien debe valorar si una concreta cláusula le perjudica y tiene interés en que se suprima, o lo que es lo mismo, serán los prestatarios concretos quienes estén legitimados para invocar la falta de validez y eficacia de esa u otras cláusulas contractuales y, correlativamente, corresponderá al Juez competente y sólo a éste, valorar y decidir si efectivamente les asiste el derecho en sus pretensiones. Por tanto, entendemos que la calificación recurrida supone un claro ejemplo de extralimitación funcional con irrogación de facultades propias de la función judicial, que debe llevar a la revocación de la misma, con la consiguiente obligación para el Registrador de inscribir la cláusula suelo-techo contenida en la escritura indicada. Tercero.—Error en la fundamentación de la calificación. Legalidad de la cláusula «tipos máximo y mínimo» cuya inscripción se deniega. Nos remitimos a lo manifestado en el Motivo Primero, con respecto a los errores contenidos en la calificación del Registrador, en relación a los Hechos 1.º y 3.º, que no se corresponden con los términos del título calificado, así como de los Fundamentos jurídicos 2.º y 3.º que extrae de la base fáctica. Con respecto al Fundamento jurídico 1.º, este es, el que alude a la falta de reciprocidad de la cláusula debo afirmar que el T.S., en su reciente STC n.º 241/2013, de 9 de mayo, parte de que las cláusulas suelo definen el objeto principal del contrato, y ello excluye la valoración de cuestiones como la invocadas por el Registrador para poder decidir la legalidad de las cláusulas suelo-techo, centrando la posible ilegalidad de las mismas en el cumplimiento de unas exigencias de transparencia. Concretamente, sostiene el Alto tribunal: «a) Que las cláusulas suelo examinadas constituyen cláusulas que describen y definen el objeto principal del contrato. b) Que, sin perjuicio de lo que se dirá, como regla no cabe el control de su equilibrio. 197. Sin embargo, 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 al doble control de transparencia que seguidamente se expone.» En cuanto a la transparencia a la que se refiere el Registrador en su Fundamento jurídico 4.º, debemos afirmar que si han cumplido las exigencias de transparencia en la negociación e inclusión de la cláusula suelo-techo cuya inscripción se deniega. El T.S. en su reciente STC n.º 241/2013, de 9 de mayo de 2013, establece que la transparencia de estas cláusulas se basa en una doble exigencia: a) que se hayan cumplido las exigencias de transparencia requeridas por el artículo 7 LCGC. Estas exigencias se

entienden cumplidas con la observancia de los requisitos exigidos en la normativa reguladora de la transparencia necesaria en la actividad bancaria. La normativa indicada se encuentra constituida por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre (RCL 2011\1943), y que exige la formalización previa de una serie de documentos que concurren en las escrituras que nos ocupan. En concreto, se exige la firma de una ficha precontractual, de una oferta vinculante y de una ficha de información personalizada (FIPER), donde aparezca recogida con claridad la cláusula suelo-techo. Se aporta como Documentos número 3 y 4 la ficha precontractual y la oferta vinculante con la ficha de información personalizada (FIPER), en la que se detalla con meridiania claridad el tipo máximo y mínimo aplicable. Asimismo se cumple con la exigencia de incluir una simulación con los tipos de interés aplicables, tal y como se recoge en el anexo III del documento 4. Por tanto, con carácter previo a la formalización de la escritura de préstamo hipotecario, las partes suscribieron los documentos exigidos por la normativa reguladora de la actividad bancaria, en los que se destaca en negrita y con suficiente claridad, la previsión de un tipo mínimo y máximo a incorporar a la escritura correspondiente, así como se prevé una simulación que permite al prestatario conocer la trascendencia de los tipos pactados. b) control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato. A la vista de los documentos aportados, no puede negarse que además de haberse cumplido con las exigencias de claridad e información previa, la propia redacción de la cláusula suelo-techo contenida en los documentos precontractuales, así como en la propia escritura, donde la cláusula aparece claramente diferenciada y destacada en negrita, tanto su enunciado, que además figura en mayúsculas, como en los guarismos que configuran los límites, impiden calificar a las cláusulas de poco comprensibles. De igual forma, la simulación de cuotas que contempla el anexo III del Documento 4, permite a los prestatarios conocer la trascendencia de establecer los tipos máximo y mínimo, en relación al tipo remuneratorio pactado. Por otra parte, la estipulación de un límite mínimo del 3,25%, cuando el interés inicialmente pactado es del 3,85% y el variable tras los primeros 12 de meses es el resultante de adicionar 4 puntos porcentuales al Euribor, implica que sólo se aplicaría el tipo mínimo en el excepcional e improbable supuesto de que el Euribor fuera inferior al 0,5% al tiempo que los prestatarios se beneficiasen de todas las bonificaciones que contempla el apartado 3-C de la cláusula financiera tercera de la escritura, que prevé una bonificación máxima de 1,5%, de manera que lo más probable es que el tipo aplicable sea siempre superior al mínimo pactado. Por tanto, el tipo mínimo pactado actúa como un verdadero límite excepcional, o cláusula de salvaguarda para la entidad prestamista ante circunstancias realmente excepcionales, en verdadera contraprestación al tipo máximo que paralelamente actúa como salvaguarda para los prestatarios ante situaciones de carácter igualmente excepcional. Es por ello, que a diferencia de lo afirmado en la última Fundamentación de la calificación recurrida, no se crea una apariencia de préstamo a interés variable sin serlo, ni tampoco se simula la existencia de contraprestación entre tipo máximo y el mínimo, puesto que ambos elementos: préstamo a interés variable y contraprestación de límites, son ciertos y ajustados a la realidad del préstamo hipotecario que nos ocupa».

IV

Mediante escrito de 27 de junio de 2013, el Registrador de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo. En dicho informe afirma que el 20 de junio se extiende nota marginal con relación sucinta de la cláusula denegada al margen de la hipoteca inscrita, se subsana el defecto observado en la nota; y añade lo siguiente: «La divergencia entre la nota de calificación y el asiento practicado se debe a error material en la primera que ya ha sido objeto de rectificación sin alterar el vigor de los fundamentos jurídicos esgrimidos para denegar la inscripción de la cláusula suelo. La calificación de 15 de mayo de 2013 se basa en el título autorizado por el notario don José María Piñar Gutiérrez con número de protocolo 1366/2013, dando lugar a la inscripción parcial de la hipoteca sin la cláusula financiera 3.D. Tipos máximo y mínimo, calificación a la que se corresponde la fundamentación jurídica contenida en la nota. Lo erróneo no fue la calificación sino la comunicación de la misma por medio de la nota de calificación y demás

traslados expedidos al notario y al presentante. El asiento de hipoteca practicado lo fue del referido título con la exclusión de la indicada cláusula sobre la base de los fundamentos jurídicos de la nota de calificación. Admitida la equivocación y divergencia entre la inscripción practicada y la nota puesta al pie del título, eso no implica la necesidad de revocación de la calificación sino la subsanación de la misma, lo que se realiza el 20 junio 2013 por medio de la rectificación de la nota de calificación en los términos que autoriza el art. 327.VI LH, rectificación nuevamente comunicada a los interesados con la misma fecha». La nota de calificación, después de ser rectificada, tiene en cuanto interesa en este recurso el siguiente texto: «[...] Tampoco ha sido inscrito el punto 3.D de la cláusula tercera financiera: «Tipos máximo y mínimo.—No obstante, las partes acuerdan expresamente que el tipo de interés aplicable a cada período en ningún caso podrá ser inferior al mínimo pactado del 3,25 por ciento nominal anual ni superior al máximo del 9,25 por ciento nominal anual», que se deniega por falta de reciprocidad y ser contraria a los arts. 82 y 87 TRLGDCU y de conformidad con los siguientes Hechos: 1.—Se pacta un interés inicial del 3,85%. 2.—Se fija una cláusula de variabilidad del tipo de interés. El interés nominal inicialmente pactado variará una vez transcurrido el primer año y a partir de dicha fecha se aplicará en cada año sucesivo el tipo de referencia interbancaria a un año «Euribor» más un diferencial de cuatro puntos. 3.—Se fijan unos límites a la variabilidad que impiden al tipo de interés resultante bajar del 3,25%. Fundamentos jurídicos: 1.—Se recogen y asumen los fundamentos jurídicos de las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante de 13 setiembre 2012 y del Juzgado Mercantil núm. 1 de Córdoba de 16 noviembre 2012 sobre la falta de reciprocidad de la cláusula, que a estos efectos se dan por reproducidos. 2.—Hay que añadir que en el presente caso la cláusula sólo contempla la posibilidad de subidas respecto del tipo de interés inicial lo que desvirtúa y deja sin efecto la pretendida variabilidad del tipo de interés. Ello contradice los arts. 82 y 87 TRLGDCU. 3.—Como el contrato contiene estipulaciones contradictorias, como es la cláusula de variabilidad del tipo de interés de un lado, y el límite a la bajada del mismo, por otro, en caso de contradicción entre estipulaciones debe prevalecer la más beneficiosa para la persona consumidora conforme a los arts. 6 LCGC y 1288 CC, por lo que la cláusula sobre límite de bajada del tipo de interés debe tenerse por no puesta. [...] Advertencia especial por la existencia de condiciones generales de la contratación. Se advierte a los interesados que habida cuenta de la existencia de condiciones generales, el contrato objeto del precedente documento queda sujeto a los efectos de la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación. Dada la exclusividad de la predisposición o redacción del contenido contractual, o si se prefiere, la falta de intervención en la misma del adherente, la imposición a éste por el acreedor del contenido de la cláusula suelo, constituye al último en la responsabilidad de informar a su cliente, a cuyos intereses en el contrato ha dado forma unilateralmente el acreedor, del hecho de la denegación contenida en este acto conforme a los arts. 1258 CC, 57 CCO, 5.1.1 LCGC y a las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1950 (RJ 1950\387) y 16 de octubre de 1978 (RJ 1978\3076). Contra esta calificación negativa parcial podrá (...) Registro Propiedad de Torrejón de Ardoz 1 a día veinte de junio del año dos mil trece».

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 6, 1255, 1256 y 1288 del Código Civil; el Preámbulo, 2 apartado 3, 11 y la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre; los artículos 1, 2, 9, 11, 12, 18, 23, 27, 33, 37, 82, 104, 107.3, 114, 130, 142, 153, 153 bis, 258 y 326 de la Ley Hipotecaria; 517, 551, 681 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su vigente redacción; 6, 9, 22 y 23 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación; 82, 83, 84, 85 y 87 del Texto Refundido de Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre; 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; 1, 17 bis y 24 de la Ley del Notariado; la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre

cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores –transpuesta al ordenamiento español mediante Real Decreto Legislativo 1/2007–; 7, 9, 51, 127 y 220 del Reglamento Hipotecario; 24, 25, 26 y 30 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009 (As. C-243/08) y 14 de marzo de 2013 (As. C-415/11); las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2001, 4 de julio y 12 de diciembre de 2008, 16 de diciembre de 2009 y 13 de mayo de 2013; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de julio de 1928, 25 de noviembre de 1935, 16 de junio de 1936, 18 de noviembre de 1960, 4 de noviembre de 1968, 4 de julio de 1984, 27 de enero de 1986, 5 de junio, y 23 y 26 de octubre de 1987, 8 de octubre de 1991, 24 de abril de 1992, 4 de marzo, y 8 de noviembre de 1993, 19 de enero, 23 de febrero, 8 11, 13, 15, 18, 20 y 21 de marzo y 16 de julio de 1996, 22 de abril de 1997, 11 de febrero, 15 de julio y 24 de agosto de 1998, 28 de abril y 27 de julio de 1999, 3 de abril, 27 de septiembre y 3, 6 y 18 de noviembre de 2000, 7 de junio de 2001, 2 de abril, 2 y 3 de septiembre y 18 de noviembre de 2005, 19 de abril de 2006, 21 de diciembre de 2007 (2.ª), 14 de enero, 1, 7, 8 (2.ª), 28 y 29 de febrero y 1, 10, 14, 19 (2.ª), 22, 24 (2.ª), 25 y 27 de marzo de 2008, 1 de octubre, 4 de noviembre y 21 de diciembre de 2010 y 11 de enero, 8 de junio y 16 de agosto de 2011.

1. Se plantean en este recurso dos cuestiones. La primera, de forma, versa sobre si se ha extralimitado el registrador en el ejercicio de su función calificadora por cuanto, según el recurrente, para valorar las cláusulas financieras contenidas en la escritura de hipoteca, contra la doctrina de este Centro (cfr. Resolución de 1 de octubre de 2010) y del Tribunal Supremo (cfr. Sentencia de 9 de mayo de 2013), habría hecho servir conceptos jurídicos indeterminados como el de reciprocidad cuando es así que corresponde al consumidor valorar si una concreta cláusula suelo le perjudica e invocarlo ante los tribunales. La segunda, de fondo, sobre si se ajusta o no a la legalidad la cláusula debatida pues, a juicio del recurrente, con arreglo a la citada sentencia, por una parte, se ha cumplido con la exigencia de transparencia por cuanto se ha observado lo dispuesto en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre (suscripción de los documentos en la misma previstos –ficha precontractual, oferta vinculante, ficha de información personalizada y simulación con los tipos de interés aplicables–); y, por otra, el tipo mínimo de la cláusula suelo, claramente diferenciada tanto en los documentos precontractuales como en la propia escritura, dado el diferencial aplicable así como las bonificaciones previstas, será de aplicación excepcional.

2. Antes de nada y como cuestión previa, es de señalar que no puede accederse a la solicitud de revocación de la calificación, por razón de las irregularidades cometidas en la extensión de la nota, reconocidas por el propio registrador en su informe, ya que, cualesquiera que sean sus consecuencias en el orden interno, deben tenerse por subsanadas y en todo caso no han producido indefensión en el recurrente.

3. Por lo que atañe al primer asunto, esto es, el ámbito de la calificación del registrador respecto a las cláusulas financieras de préstamos hipotecarios, entrando por tanto en el fondo del asunto, la cuestión debe resolverse según la reiterada doctrina de este Centro Directivo (vid., por todas, las Resoluciones de 1 de octubre, 4 de noviembre y 21 de diciembre de 2010 y 11 de enero, 8 de junio y 16 de agosto de 2011), confirmada por las Sentencias de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección Tercera) de 1 abril 2011 y de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección Cuarta) número 210/2012, de 23 abril; que rectificó la mantenida en otras Resoluciones anteriores más restrictivas (cfr. Resoluciones de 8 de octubre de 1991, 19 de abril de 2006, 21 de diciembre de 2007 y 14 de enero y 1 y 8 de febrero de 2008).

Según el Preámbulo de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de reforma de la Ley hipotecaria (apartado VII, párrafo cuarto), la reforma del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, dirigida a impulsar el mercado de préstamos hipotecarios, tiene «por objeto precisar el contenido que haya de tener la inscripción del derecho real de hipoteca, evitando calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa». Esa configuración registral uniforme exige precisar su contenido, determinando las circunstancias que debe recoger

la inscripción, pero sin excluir la calificación del registrador, como lo demuestra el hecho de que el legislador la deje expresamente a salvo y modifique solo la regulación del contenido de las inscripciones de hipoteca, no sus requisitos y efectos, como expresamente afirma su Exposición de Motivos. Un resultado que se impone por sí mismo cuando se interpreta el citado precepto tomando en consideración los objetivos perseguidos por el legislador con la reforma y previo un adecuado análisis del precepto que garantice su coherencia tanto con los principios que rigen nuestro sistema registral como con la normativa específica que regula otros aspectos del mercado hipotecario. Es decir, se hace de él una interpretación no sólo literal, sino también teleológica y sistemática, refrendada, en este caso, con especial fuerza, por la realidad social en que ha de ser aplicada (artículo 3.1 del Código) que ha experimentado notables cambios en relación a la situación que se vivía cuando se promulgó.

En este punto, por supuesto, es necesario partir de la capital sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009 (Sala Primera) en la que se consideraron no inscribibles determinadas cláusulas de vencimiento anticipado, y por tanto se confirmó la necesidad de proceder a su calificación, pues únicamente es posible excluir la inscripción de unas y no otras si previamente se examinan todas y se suspende o deniega, motivándolo oportunamente, la inscripción de aquellas que no proceda. En concordancia con dicha Sentencia y con cita reiterada de la misma, ya la Resolución de este Centro Directivo de 8 de junio de 2011 había entendido que el registrador ha de calificar la procedencia o no de inscripción de las cláusulas de vencimiento anticipado conforme a los criterios de dicha Sentencia, puntualizando las razones en que se funda en su nota, sin que basten alegaciones meramente genéricas.

No parece, en efecto, en modo alguno tolerable a la vista de los últimos acontecimientos, y por tanto la presente realidad social, que el contenido legal del derecho de hipoteca -y por tanto del crédito garantizado- susceptible de ser exigido mediante la acción real hipotecaria, no quede en la inscripción nítidamente delimitado sin confusiones de ningún tipo. Es misión principal del registro de la propiedad aportar claridad y precisión a las relaciones jurídicas inscritas no solo en interés de terceros sino de las mismas partes, sobre todo cuando, como en este caso, la inscripción es constitutiva y por tanto el contenido de la reclamación hipotecaria, también entre ellas, viene determinado solo por los extremos del título que se hayan recogido en el asiento (artículo 130 de la Ley). En efecto, la acción hipotecaria entre partes, incluso a la que se da curso por el procedimiento ordinario de ejecución forzosa, no se confunde con la acción personal por el crédito garantizado: Su plazo de prescripción es distinto (artículos 1964 del Código y 128 de la Ley Hipotecaria); no se suspende por muerte del deudor o tercer poseedor, ni definitivamente por el concurso del propietario (artículos 56 y 57 de la Ley Concursal), ni por la interposición de tercerías que se funden en títulos no previamente inscritos (artículo 127 in fine de la Ley Hipotecaria); tampoco, en fin, es acumulable con otros ejecutivos no hipotecarios (artículo 555 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Sólo deberían por ello tener transcendencia registral en materia de hipotecas y por tanto hacerse constar en el asiento, si son conformes a ley, las estipulaciones que fijan las circunstancias de que pende el ejercicio de la acción real hipotecaria -como el plazo o las causas de vencimiento anticipado-; las cláusulas, financieras o no, que fijan el contenido susceptible de reclamación hipotecaria; las cuantías que puede alcanzar ésta por los distintos conceptos asegurados (junto con las fórmulas y procedimientos articulados para proceder a su determinación); y, finalmente, los pactos que cumplen con aquellos requisitos de carácter imperativo que condicionan su admisibilidad procesal, o determinan los procedimientos por los que puede dársele curso, así como las circunstancias y trámites de cada uno de éstos que, siendo posible según ley, sean objeto de disposición por las partes. La confusión -y la hay cuando en un mismo asiento se mezclan lícito e ilícito, obligación personal y sujeción real, con el consiguiente riesgo para deudor y tercer poseedor de que el acreedor en el campo extrajudicial intente hacer pasar una cosa por otra- no puede perjudicar nunca a quienes no son en ningún modo responsables de ella (cfr. artículo

1288 del Código) y, en cualquier caso, contraría los principios del sistema (cfr., entre otros, sólo de la ley, artículos 322 y siguientes, 258, 253, 98, 65, 29, 18, 12 y 9).

Una conclusión a la que, por lo demás, hay que llegar también si nos atenemos a la jurisprudencia comunitaria en materia de protección de consumidores y usuarios. No hay que olvidar el origen comunitario de gran parte de la normativa española en esta materia y la necesidad de que las autoridades nacionales realicen una interpretación conforme al Derecho comunitario del ordenamiento nacional, interpretación que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ampliado a las Directivas. Según la Sentencia Von Colson (As. 14/83) y reiterada jurisprudencia posterior de la Corte de Luxemburgo, en efecto, la obligación de los Estados miembros, derivada de una Directiva, de conseguir el resultado previsto por la misma, así como su deber de adoptar todas las medidas generales o particulares necesarias para asegurar la ejecución de esta obligación, comprende a todas las autoridades de los Estados miembros, autoridades entre las que deben incluirse tanto notarios como registradores. La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores – transpuesta mediante 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 – tal y como ha puesto de manifiesto la Abogada General en sus conclusiones al asunto C-40/08, exige expresamente de los Estados miembros, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, la disposición de instrumentos, esto es, «medios adecuados y eficaces» para que cese el uso de cláusulas abusivas. La Sentencia finalmente dictada por el Tribunal en este asunto de 6 de octubre de 2009 tan sólo entiende que no actúa el «principio de efectividad» de la Directiva en la protección del consumidor cuando se pretende la ejecución forzosa de una resolución (en el caso de autos era un laudo) que es firme y amparado en la eficacia de la cosa juzgada, cuando además el consumidor no intervino ni en el procedimiento arbitral ni en el de su ejecución.

En la misma línea, se manifestó la Corte Comunitaria en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009 (As. C-243/08) en que la Corte de Luxemburgo da respuesta a una cuestión prejudicial cuyo objeto era dilucidar si podría interpretarse el artículo 6.1 de la ya mencionada Directiva 93/13, de modo que la no vinculación del consumidor a una cláusula abusiva establecida por un profesional no pudiese operar «ipso iure», sino únicamente en caso de que el consumidor impugnase judicialmente con éxito dicha cláusula abusiva. El Tribunal de Justicia de Luxemburgo resolvió la citada cuestión declarando que «el artículo 6, apartado 1, de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y que, a este respecto, no es necesario que aquél haya impugnado previamente con éxito tal cláusula».

Ratifica y precisa la Corte de Luxemburgo, en los citados términos, este criterio en una sentencia previa de 21 de noviembre de 2002, Cofidis (C-473/00), en la que declaró que la protección que la Directiva confiere a los consumidores se extiende a aquellos supuestos en los que el consumidor haya celebrado con un profesional un contrato en el que figure una cláusula abusiva y no invoque el carácter abusivo de la citada cláusula bien porque ignore sus derechos, bien porque los gastos que acarrea el ejercicio de una acción ante los tribunales le disuadan de defenderlos; y en la sentencia de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores (C-240/98), en la que subrayó que queda excluido que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva pueda interpretarse en el sentido de que el consumidor únicamente puede considerar que no está vinculado por una cláusula contractual abusiva si ha presentado una demanda explícita en tal sentido. En el mismo sentido se pronunció también la Sentencia de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro (C-168/05). De nuevo ha ratificado el TJUE este criterio en su reciente Sentencia de 14 de junio de 2012 (asunto C-618/2010, Banco Español de Crédito), indicando que la depuración por el juez de la cláusula abusiva debía realizarse incluso de oficio.

Esta jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo excluye la posibilidad de entender que la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas que sanciona el artículo 83.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, requiera de una previa declaración judicial,

como pretende el recurrente. 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. Por este mismo motivo, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, en su párrafo 123, y en relación con los límites a la autonomía procesal en materia de cláusulas abusivas, afirma que no obstante el límite que impone la exigencia de que la sentencia sea congruente con el suplico, «este límite no entra en juego en los supuestos de nulidad absoluta, ya que en tales casos el Ordenamiento reacciona e impone a los poderes del Estado rechazar de oficio su eficacia, de acuerdo con el clásico principio «quod nullum est nullum effectum producit» (lo que es nulo no produce ningún efecto), ya que, como afirma la STS 88/2010, de 10 de marzo, «esa operatividad ipso iure es una de las características de la nulidad absoluta». Por ello, la nulidad que declara el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 respecto de las condiciones generales abusivas, es una nulidad que declara directamente la misma ley, y el mandato legal de «tenerlas por no puestas» dirigido a todos los funcionarios que aplican la ley, y entre ellos los registradores, no queda subordinado a su previa declaración judicial, especialmente cuando se trata de algunas de las cláusulas incluidas en la llamada doctrinalmente «lista negra», bien por vincular el contrato a la voluntad del predisponente, bien por limitar los derechos básicos del consumidor, bien por su falta de reciprocidad o por cualquiera otra de las causas que aparecen expresamente enunciadas en los artículos 85 y siguientes del citado Texto Refundido, al no requerir una valoración de las circunstancias concurrentes en función de conceptos jurídicos indeterminados. Así lo ha confirmado la citada Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección Tercera) de 1 de abril de 2011, en la que el Tribunal llega a la conclusión de que «pueden claramente los Registradores calificar y apreciar como abusiva una cláusula cuando ésta sea alguna de las tipificadas en los arts. 85 a 90 TRLCU, que son las que no requieren juicio de ponderación alguno». En consecuencia, si no resulta necesaria la previa declaración judicial de la nulidad de la cláusula, en los términos indicados, para que pueda ser calificada negativamente por el registrador, con mayor motivo no será preciso que la eventual sentencia que declare dicha nulidad conste inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, pues, al margen de otras consideraciones (el artículo 258.2 de la Ley Hipotecaria no exige dicha inscripción, como tampoco la exige el artículo 18 de la Ley 2/2009, de 31 de enero), tal exigencia infringiría el reiterado principio de efectividad de las Directivas europeas en materia de consumidores.

Coherentemente con estos imperativos, la Sala primera del Tribunal Supremo, en su reciente Sentencia de 16 de diciembre de 2009 reitera el papel activo del Registrador en presencia de una cláusula abusiva, al confirmar la entidad propia de la actividad registral respecto de la judicial, y diferenciar entre no inscribibilidad y nulidad de una cláusula (fundamento duodécimo). Como ha venido destacando la doctrina de este Centro a partir de su Resolución de 1 de octubre de 2010 y en las posteriores que han tratado la materia, la interpretación del artículo 12 de la Ley Hipotecaria no puede hacerse de forma aislada sino mediante su necesaria coordinación con otras normas que operan en relación con el mismo mercado de productos financieros y que se orientan hacia fines de política legislativa propios. De este modo, se deben tener en cuenta particularmente, en primer lugar, los principios que inspiran la normativa de protección de los consumidores y usuarios, con carácter general y, singularmente, con la legislación destinada a su defensa en el ámbito concreto del mercado hipotecario, principios que aparecen perfectamente identificados en la Ley 2/2009, de 31 de marzo, que dentro de su ámbito material de aplicación, desarrolla un conjunto de normas cuya «ratio» es garantizar la transparencia del mercado hipotecario, incrementar la información precontractual y proteger a los usuarios y consumidores de productos financieros ofertados en dicho mercado, y que en su artículo 18.1 reafirma el control de legalidad de los registradores al disponer que «los Registradores denegarán la inscripción de las escrituras públicas del préstamo o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos previstos en esta Ley».

Por último, resulta necesario tener en cuenta la oponibilidad frente a terceros de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado y en consecuencia, la posibilidad de promover la ejecución hipotecaria con base en dichas cláusulas. Su inscripción no sólo vulneraría los principios rectores del sistema registral español, al permitirse el acceso al registro de un tipo de cláusulas carentes de eficacia alguna frente a terceros, sino que, además, resultaría contraria a lo establecido en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria y, muy en especial, al reformado artículo 130 del mismo cuerpo legal. Es de recordar otra vez que dicho precepto establece que «el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo». En consecuencia, de estar contenidas en el asiento de inscripción las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, aún de carácter personal, contra toda lógica, podrían legitimar el ejercicio de la acción real hipotecaria.

En definitiva, sólo una interpretación de los objetivos específicos del artículo 12 de la Ley Hipotecaria coordinada y ponderada con la normativa de protección de consumidores, unida a la posibilidad de apertura de la ejecución real hipotecaria con base en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria y a los imperativos demandados por el ordenamiento comunitario, permiten definir el ámbito de la función calificadora del Registrador respecto de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado a la que se refiere el párrafo segundo del reiterado artículo 12 de la Ley Hipotecaria. De este modo, dentro de los límites inherentes a la actividad registral, el registrador podrá realizar una actividad calificadora de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, en virtud de la cual podrá rechazar la inscripción de una cláusula, desde luego cuando su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el registrador.

Una interpretación diferente a la que ahora se propone supondría, como consecuencia inevitable, la exclusión de estas cláusulas de las presunciones registrales de validez del contenido de los asientos sin que exista ningún tipo de base legal para ello, dado que el artículo 12 de la Ley Hipotecaria no ha variado, claro está, el artículo 6.3 del Código Civil. Como señala el Preámbulo de la propia Ley 14/2007 (Ap. VII), «La sentida necesidad de avanzar y flexibilizar el régimen jurídico de las hipotecas, con requisitos y figuras jurídicas que acojan las nuevas demandas, obliga también a todos los operadores que intervienen en el proceso formativo de los contratos y de las garantías reales, especialmente a los Notarios y a los Registradores de la Propiedad, de manera que como operadores jurídicos, en la redacción de los documentos y en la práctica de los asientos, entiendan dirigida su labor en el sentido de orientar y facilitar el acceso al Registro de los títulos autorizados por los medios legales existentes, para lograr que la propiedad y los derechos reales sobre ella impuestos queden bajo el amparo del régimen de publicidad y seguridad jurídica preventiva, y disfruten de sus beneficios, de conformidad, en todo caso, con las disposiciones legales y reglamentarias que determinan el contenido propio de la inscripción registral, los requisitos para su extensión, y sus efectos». Téngase en cuenta además que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, «a falta de normativa comunitaria en la materia, la determinación de la regulación procesal destinada a garantizar la salvaguarda de los derechos que el Derecho comunitario genera en favor de los justiciables corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, a condición, sin embargo, de que esta regulación (...) no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario» (principio de efectividad) (véanse, al respecto las sentencias del Tribunal de Justicia en los asuntos C-168/2005, C-78/98, C-392/04, C-422/04 y C-40/08). No resulta exagerado afirmar que la eliminación del control registral en el ámbito de los contratos de consumo, ámbito calificado por la propia jurisprudencia comunitaria como «equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público» (As. C-40/08), unido a la posibilidad de promover la ejecución hipotecaria con base en dichas cláusulas, atentaría claramente contra esta exigencia.

Finalmente, esta doctrina sostenida por esta Dirección General de los Registros y del Notariado en relación con la calificación de las cláusulas financieras abusivas según la Directiva 93/13/CE, ha quedado reforzada tras las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012 y 14 de marzo de 2013, que han reafirmado el «principio de efectividad» de las Directivas comunitarias en el sentido antes expuesto.

Por tanto, el primer motivo del recurso, basado en la extralimitación del registrador en su función calificadoras, ha de ser desestimado.

4. Entrando en la segunda cuestión, esto es, la legalidad de la concreta cláusula de tipos máximo y mínimo contenida en la escritura calificada, debe tenerse en cuenta que las denominadas «cláusulas suelo» son, en principio válidas, y así lo ha entendido recientemente el Tribunal Supremo en la Sentencia número 241/2013, de 13 de mayo, en los siguientes términos: «256. Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio. 257. No es preciso que exista equilibrio «económico» o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo -máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-. 258. Más aun, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo. 259. En definitiva, corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, pero también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta. Sin diluir su relevancia mediante la ubicación en cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados -lo que propicia la idea de que son irrelevantes y provocan la pérdida de atención-. Sin perjuicio, claro está, de complementarla con aquellos que permitan el control de su ejecución cuando sea preciso».

En el presente caso, respecto de los concretos fundamentos jurídicos que expresa el registrador en la calificación impugnada, el primero de ellos no puede ser confirmado, pues – como se ha dicho anteriormente– la citada Sentencia del Tribunal Supremo número 241/2013, de 13 de mayo considera que no es preciso que exista equilibrio «económico» o equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo –máxime cuando el recorrido al alza no tiene límite-. Más aun, son lícitas incluso las cláusulas suelo que no coexisten con cláusulas techo y, de hecho, la oferta de cláusulas suelo y techo cuando se hace en un mismo apartado del contrato, constituye un factor de distorsión de la información que se facilita al consumidor, ya que el techo opera aparentemente como contraprestación o factor de equilibrio del suelo. En definitiva, el Alto Tribunal considera que las cláusulas suelo, al referirse al objeto principal del contrato –aunque no elemento esencial– tiene que cumplir con las obligaciones de transparencia pero no necesariamente tiene que figurar una cláusula techo como factor de equilibrio.

Respecto del segundo de los fundamentos jurídicos, de la mera lectura de la escritura se desprende que no es cierta la afirmación del registrador según la cual «en el presente caso la cláusula sólo contempla la posibilidad de subidas respecto del tipo de interés inicial lo que desvirtúa y deja sin efecto la pretendida variabilidad del tipo de interés», pues como ha quedado expresado se pacta que pueda bajar del 3,85 por ciento inicial –o del que ulteriormente sea aplicable– al 3,25 por ciento.

Por la misma razón tampoco es exacta la afirmación que realiza el registrador en el tercero de los fundamentos, pues no puede apreciarse contradicción entre la previsión de variabilidad y la posibilidad de la variación indicada a la baja hasta el tope mínimo, circunstancia que se podrá producir no sólo en la hipótesis señalada por el registrador en su

preceptivo informe, ciertamente poco probable, de que el euribor señalado como índice de referencia baje del cero por ciento (habida cuenta del diferencial fijado en el 4%), sino también cuando siendo superior a aquella cifra el deudor se beneficie de las bonificaciones previstas en el contrato, que pueden llegar al máximo del 1,5% (vid. apartado 3-C de la cláusula financiera tercera de la escritura). Por otra parte, no puede olvidarse que, como ha afirmado el Tribunal Supremo en su ya citada Sentencia de 13 de mayo de 2013, «189. las cláusulas suelo forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario. Definen el objeto principal del contrato», cláusulas respecto de las cuales «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 13 de mayo de 2009 antes citada, se encarga de recordar que dichas afirmaciones se hicieron con «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 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), en los términos antes vistos.

Cuestión distinta, por tanto, a la del control de contenido o abusividad es la relativa a la transparencia de la cláusula debatida, requisito esencial según el Tribunal Supremo para la licitud de la misma. Sobre tal extremo el registrador no sólo puede sino que debe comprobar si han sido cumplidos los requisitos de información establecidos en la normativa vigente, pues se trata de un criterio objetivo de valoración de dicha transparencia. En este sentido podría discutirse si, habida cuenta de las afirmaciones del notario autorizante de la escritura calificada y los documentos a ella incorporados puede estimarse que dicha normativa ha sido cumplida; especialmente a la vista de los artículos 30 y 26 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. No obstante, al no haber sido observado ningún defecto por el registrador, no procede en este recurso entrar a pronunciarse sobre este extremo (cfr., por todas, las Resoluciones de 2 de abril y 18 de noviembre de 2005 y 15 de febrero de 2013).

Por ello, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada únicamente en los términos expresados en los fundamentos de Derecho que anteceden.

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, 13 de septiembre de 2013.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.