

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

9204 *Resolución de 13 de julio de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Ponferrada n.º 3, por la que se suspende la inscripción de una diligencia de rectificación de préstamo hipotecario en lo referente a los intereses de demora.*

En el recurso interpuesto por don Bernardo Martínez López, notario de Ponferrada, contra la nota de calificación de la registradora de la Propiedad de Ponferrada número 3, doña Raquel Largo Escudero, por la que se suspende la inscripción de una diligencia de rectificación de préstamo hipotecario en lo referente a los intereses de demora.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 7 de julio de 2016 ante el notario de Ponferrada, don Bernardo Martínez López, con el número 746 de protocolo, dos personas físicas casadas, en quienes concurre la condición de consumidores, constituyeron una hipoteca en garantía de un préstamo por un principal de 72.228,42 euros, sobre un piso que constituye su residencia familiar habitual, la finca registral número 20.207 del Registro de la Propiedad de Ponferrada número 3, a favor de «Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.». Se da la circunstancia, que respecto de esta escritura, ya fue suspendida su inscripción por razón de vulnerar la cláusula de intereses moratorios y el concepto correspondiente a los mismos en la constitución de hipoteca, según la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016, y que habiéndose solicitado la inscripción parcial de la hipoteca sin dichas cláusulas y responsabilidad hipotecaria, la misma se practicó el día 5 de septiembre de 2016. Dicha escritura fue presentada por segunda vez en el Registro de la Propiedad de Ponferrada número 3 el día 1 de febrero de 2017, causando al asiento 765 del Diario 132, número de entrada 276/2017, habiéndose retirado y vuelto a presentar el día 3 de marzo de 2017, junto con una diligencia notarial de fecha 14 de noviembre de 2016 en la que comparecen los deudores y la entidad acreedora y en la que acuerdan la nueva redacción que ha de darse a la cláusula de intereses moratorios y de constitución de hipoteca conforme a dichos criterios, y además se acompaña a la escritura de una instancia privada en la que se solicita expresamente lo siguiente: «Que se proceda a la inscripción de la escritura reseñada en el expositivo I, cuya hipoteca se ha constituido a favor de la entidad que represento como apoderado, manifestando por la presente, en la representación que ostento, la conformidad en que se despache el documento incorporando la cláusula reguladora de intereses moratorios así como su responsabilidad hipotecaria».

II

Presentada la indicada escritura en el registro de la Propiedad de Ponferrada número 3, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Nota de calificación Calificado por Doña Raquel Largo Escudero, Registradora de la Propiedad de Ponferrada número 3, el documento a que se hace referencia en el Hecho I de esta nota, y tras examinar los antecedentes del Registro, resultan los siguientes: Hechos El documento objeto de la presente calificación que tiene el número de entrada 219/2017, otorgado el día siete de julio de dos mil dieciséis, ante Don Bernardo Martínez López, Notario de Ponferrada, León, número 746 de su Protocolo, que fue presentado en este Registro, el día 1 de febrero

de 2017 ocasionando el asiento 765 del Diario 132. Retirado el mismo el día 3 de febrero de 2017, devolviéndose a esta oficina el día 3 de marzo de 2017, ha sido objeto de calificación desfavorable por la siguiente cuestión: Nos encontramos ante una escritura de constitución de hipoteca a favor, de la entidad BBVA que ya consta inscrita con fecha 5 de septiembre de 2016, habiéndose practicado dicha inscripción en base a la escritura que nos ocupa e instancia privada del presentante del documento, de fecha 30 de junio de 2016, en la que, a la vista de que la cláusula de intereses moratorios y la correspondiente en la constitución de hipoteca no se ajustaban a los nuevos requerimientos Jurisprudenciales de las mismas (STS de 3 de junio de 2016), se solicitaba la inscripción parcial del documento, lo cual se llevó a efecto con dicha fecha de 5 de septiembre. Ahora en esta nueva presentación se acompaña la escritura de una diligencia notarial de fecha 14 de noviembre de 2016 en la que comparecen los deudores y la entidad acreedora y en la que acuerdan la nueva redacción que ha de darse a la cláusula de intereses moratorios y de constitución de hipoteca conforme a dichos criterios, y además se acompaña la escritura de una instancia privada en la que se solicita expresamente lo siguiente: «que se proceda a la inscripción de la escritura reseñada en el expositivo I, cuya hipoteca se ha constituido a favor de la entidad que represento como apoderado, manifestando por la presente, en la representación que ostento, la conformidad en que se despache el documento incorporando la cláusula reguladora de intereses moratorios así como su responsabilidad hipotecaria», solicitud que se apoya en que previamente y en la misma instancia se ha renunciado a la previa instancia en la que se solicitaba la inscripción parcial de la escritura en cuanto a dichos intereses moratorios y correlativa cláusula de responsabilidad. Como consecuencia de ello se plantean dos defectos en la escritura: -encontrándonos ante una hipoteca ya inscrita en la que se quiere llevar a cabo una modificación, la vía formal de efectuarla no es la de la diligencia notarial, sino que será necesario que se otorgue una nueva escritura de rectificación en la que comparezcan los interesados y la entidad acordando la modificación de la misma en los términos que acuerden. -dado que la escritura se acompaña de nueva instancia privada del representante de la sociedad en la que partiendo de que la inscripción se hizo en su momento parcialmente en base a otra instancia, ahora se renuncia a esta primera instancia solicitándose la inscripción de la cláusula de intereses moratorios y de constitución de la hipoteca, parece que se está solicitando que se haga la inscripción de la hipoteca conforme a lo que resulta de la propia escritura, cuando sin embargo el contenido de esas cláusulas no coinciden con lo que acuerdan la partes en la diligencia notarial. Es decir, se plantean dudas en cuanto a que se quiere en esta nueva presentación: si que se rectifique la escritura en los términos acordados por los interesados según la diligencia notarial (sin olvidar que este no es el cauce formal correcto para ello) o que se inscriba según lo pactado inicialmente por renunciarse a la instancia en la que se solicitaba dicha inscripción parcial. Fundamentos de Derecho En cuanto al defecto de la vía adecuada de poder rectificar una hipoteca ya inscrita, ya la RDGRN de 1 de marzo de 2013 señaló que «De los artículos 1280 del Código Civil y 3 de la Ley Hipotecaria resulta que se exige documentación pública para inscribir los actos relativos a los bienes inmuebles, pero esto no quiere decir que tales actos estén reflejados en cualquier tipo de documento público –debe ser escritura pública, ejecutoria o documento auténtico– sino que han de estarlo en aquel que resulte apropiado al acto o contrato que haya de inscribirse, conforme resulta de la doctrina reiterada de este Centro Directivo (Resoluciones de 5 y 20 de mayo de 2003) Ciertamente el acta notarial puede ser un título inscribible en los supuestos legalmente previstos, siempre y cuando no se requiera una declaración de voluntad de los interesados afectados. Así lo ha declarado reiteradamente este Centro Directivo (Resolución de 28 de febrero de 2012) y por lo tanto, en el supuesto de este expediente, que sí requiere esa declaración de voluntad, el título formal aplicable no es el acta de manifestaciones sino la escritura pública, que es el único documento apto para provocar la rectificación solicitada...4. Este Centro Directivo ha determinado (Resolución de 13 de mayo de 2010) que es necesario el consentimiento expreso de todos los titulares registrales para la rectificación de un asiento del Registro. Así pues, en el supuesto de este expediente, es

necesaria esa concurrencia de consentimiento, ya que pretender la rectificación unilateral del Registro en base al título ahora presentado, conculca frontalmente lo establecido en los artículos 40 y 82 de la Ley Hipotecaria. ...En este sentido la doctrina del Centro Directivo (*vid.* 'Vistos') ha establecido que una vez practicada la inscripción, la única manera de rectificarla es la vía prevista en artículo 40 d) de la Ley Hipotecaria y que la rectificación de una partición requiere el consentimiento de todos los que la otorgaron. Así como que en aras del principio de tracto sucesivo, no procederá la rectificación de los asientos del Registro si no media el consentimiento del titular registral o, subsidiariamente, la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado directamente contra aquél.». Es decir, trasladando el planteamiento al caso concreto, siendo necesaria una declaración de voluntad de todos los interesados en la hipoteca que se rectifica, la única vía para lograrlo es que se lleve a cabo dicha rectificación en escritura pública. En igual sentido se manifiestan las resoluciones de 15 de mayo de 2015 y la más reciente de 28 de noviembre de 2016: «Por lo que se refiere al citado principio de titulación pública, el artículo 17.1 de la Ley del Notariado, después de su modificación por la Ley 26/2006, enumera las distintas clases de documentos que redacta el Notario y da una definición de cada uno de ellos: 'El Notario redactará escrituras matrices, intervendrá pólizas, extenderá y autorizará actas, expedirá copias, testimonios, legitimaciones y legalizaciones y formará protocolos y Libros-Registros de operaciones'; añade que 'las escrituras públicas tienen como contenido propio las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases.... El vigente artículo 144 del Reglamento Notarial, tras comenzar expresando que conforme al artículo 17 de la Ley del Notariado son instrumentos públicos las escrituras públicas, las pólizas intervenidas, las actas, y, en general, todo documento que autorice el Notario, bien sea original, en certificado, copia o testimonio, en su párrafo tercero (reproduciendo parcialmente el párrafo quinto del artículo 17.1, de la Ley del Notariado) dispone que 'las pólizas intervenidas tienen como contenido exclusivo los actos y contratos de carácter mercantil y financiero que sean propios del tráfico habitual y ordinario de al menos uno de sus otorgantes, quedando excluidos de su ámbito los demás actos y negocios jurídicos, y en cualquier caso todos los que tengan objeto inmobiliario'; si bien añade un inciso final (en referencia a la póliza, cuyo ámbito primigenio aparece delimitado previamente): 'todo ello sin perjuicio, desde luego, de aquellos casos en que la Ley establezca esta forma documental'. Por último, el vigente artículo 197 del Reglamento Notarial, en su párrafo primero, dispone que 'podrán ser intervenidas las pólizas que documenten los actos y contratos a que se refiere el artículo 144 de este Reglamento, y reúnan los requisitos y consignen las circunstancias legalmente exigidas, en general o para el contrato que contengan'. La consecuencia que se sigue de lo anterior es que no es dado optar entre uno u otro tipo de género documental (escritura, póliza o acta), toda vez que la utilización de la forma documental adecuada no es discrecional, sino reglada, e inderogable por la mera voluntad, bien los otorgantes, o del Notario. Por ello, en su condición de funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales, obligado velar por la regularidad no sólo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autorice o intervenga (artículos 1 y 24 de la Ley del Notariado) deberá, bajo su responsabilidad, ajustar la autorización o intervención notarial a una forma documental que se corresponda con el contenido del acto o del contrato, conforme a lo dispuesto en los artículos 17.1 de la Ley del Notariado y 144 del Reglamento Notarial. Por otra parte y conforme al principio registral de rogación es reiterada la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el sentido de que el Registrador ha de atenerse a lo querido por las partes en el documento presentado, sin poder actuar de oficio ni practicar asientos distintos de los solicitados (Resoluciones de 13 de enero de 1995, 17 de marzo de 2004, 19 de abril de 2004 y 20 de julio de 2006, 23 de marzo, 12 de mayo y 26 de julio de 2007). Por lo tanto partimos de una situación registral de las fincas y una voluntad de las partes de modificación, en los términos declarados por los mismos, a lo cual se ha de ajustar la calificación y la práctica del asiento. Así la RDGRN de 12 de enero de 2012 señala que el carácter rogado que tiene la actuación registral es una

consecuencia de la voluntariedad de la inscripción en nuestro Derecho, y de ahí que la Dirección General haya declarado reiteradamente que no se puede practicar en el Registro ningún asiento –salvo casos excepcionales– sin que hayan sido solicitados por los interesados, que lo serán las personas enumeradas en el artículo 6 de la Ley Hipotecaria (cfr. Resolución de 20 de julio de 2006). ...Y ello sin perjuicio de que, acorde con el mismo principio de rogación, es reiterada la doctrina de la Dirección General en el sentido de que el registrador no ha de actuar de oficio ni practicar asientos distintos de los solicitados (cfr. Resoluciones de 13 de enero de 1995, 17 de marzo y 19 de abril de 2004 y 20 de julio de 2006); criterio que sólo cabe excepcionar en caso de documentos judiciales, dadas las características de este tipo de documentación, que aconsejan que, en la medida de lo posible, el registrador actúe de oficio cuando sea posible la inscripción parcial, a fin de dar cumplimiento a su deber constitucional de colaboración con las autoridades judiciales (cfr. Resoluciones de 29 de mayo de 1987, 6 y 27 de abril de 2000 y 16 de enero de 2007). Acuerdo Suspende la inscripción de la escritura presentada según resulta de los Hechos y Fundamentos de Derecho consignados No se toma anotación preventiva por defecto subsanable por no haber sido solicitado por los interesados. Queda automáticamente prorrogado el asiento de presentación. Notifíquese al presentante y al funcionario autorizante del título calificado en el plazo máximo de diez días naturales contados desde esta fecha. Asimismo, el interesado tiene derecho, para el caso de discrepar de esta calificación a instar la intervención de un Registrador sustituto, en los términos del RD 1039/2003 de 1 de agosto, en el plazo de quince días desde esta notificación. Contra la presente nota de calificación (...) En Ponferrada, a 21 de marzo de 2017 La Registradora (firma ilegible) Firmado: Raquel Largo Escudero».

III

Contra la anterior nota de calificación, don Bernardo Martínez López, notario de Ponferrada, interpuso recurso mediante escrito fechado el día 17 de abril de 2017 en el que alega: «Hechos.–Primero.–Que mediante escritura autorizada por mí, el día 7 de julio de 2.016, con el número 746 de protocolo, D. E. G. R. y Dña. E. M. G. L. formalizaron un préstamo hipotecario unilateral concedido por la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S. A., con garantía hipotecaria sobre la finca n.º 20.207, del municipio de Ponferrada, del Registro de la Propiedad n.º 3, de Ponferrada, habiendo aceptado la entidad prestamista el contenido íntegro de dicha escritura, y, por tanto, la hipoteca unilateral constituida a su favor, por medio de diligencia en la misma matriz, el día 7 de julio de 2.016. Segundo.–Que también mediante diligencia en la citada matriz, autorizada por mí, el día 14 de noviembre del mismo año, todos los otorgantes del referido préstamo hipotecario subsanaron el error cometido en la cláusula «Sexta.–Intereses de demora», así como en el apartado b) de la cláusula «Novena.–Constitución de hipoteca», en cuanto al tipo máximo fijado a efectos hipotecarios por intereses de demora y, consecuentemente, en la cantidad máxima establecida como cobertura hipotecaria de tales intereses, en la forma que es de ver en la citada diligencia (...) Tercero.–Que presentada copia autorizada de dicha escritura el día 3 de marzo de 2017, la registradora de la Propiedad n.º 3 de Ponferrada emitió, con fecha 21 de marzo del presente año, calificación desfavorable a practicar la inscripción de la subsanación efectuada mediante la indicada diligencia, en base a los defectos señalados en dicha nota, calificación que me fue notificada el día 23 de marzo del corriente año (...) Que no estando de acuerdo con la calificación de la escritura, por entenderla no ajustada a derecho, mediante el presente escrito, y al amparo del artículo 324 de la Ley Hipotecaria, formulo recurso gubernativo ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, en base a los siguientes Fundamentos: Primero.–La fundamentación de la nota de calificación recurrida parece desconocer, de una parte, las diversas categorías documentales que puede autorizar un Notario, y, de otra, la naturaleza jurídica de las diligencias. Dice la registradora en el último inciso del párrafo primero de sus fundamentos de derecho «siendo necesario una declaración de voluntad de todos los interesados en la hipoteca que se rectifica, la única vía para lograrlo es que se lleve a cabo dicha rectificación en escritura pública». Pues bien, eso es exactamente lo que se ha hecho, la diligencia (en el

caso que nos ocupa otorgada por todos los interesados) es una vía perfectamente válida (art. 153 RN) para subsanar defectos en los que haya podido incurrirse al confeccionar una escritura, vía ésta la de la diligencia que no solo ha admitido el mismo Registro en otras ocasiones, sino que incluso ha solicitado para poder inscribir alguna escritura. La diligencia, como tal, no constituye una categoría documental diferente de las escrituras, actas o pólizas, sino que forma parte y, por tanto, participa de la naturaleza jurídica de aquél documento al que se incorpora, es una parte más del mismo que coadyuva a su formación, a su perfección. Qué decir sino de la propia diligencia, puesta en la misma matriz, por la cual el banco prestamista acepta la hipoteca constituida unilateralmente por la parte prestataria. ¿No es también esa diligencia escritura, en cuanto que parte de la misma?. ¿Por qué la registradora la ha admitido para entender así válidamente constituida tal hipoteca?. ¿Cuál es la diferencia con la diligencia objeto de este recurso?. Qué decir también del resto de las diligencias contempladas por la legislación vigente como vías perfectamente válidas para expresar la voluntad negocial, (aceptaciones de ofertas, ratificaciones, etc.). Parece que el problema que ve la registradora para no inscribir la rectificación llevada a cabo, es que la escritura «ya consta inscrita». Sin embargo lo que está inscrito no es toda la escritura sino solo una parte de la misma. La entidad prestamista, en un primer momento, ante la imposibilidad de inscribir todas las cláusulas de la escritura, accede a prescindir de la inscripción de las problemáticas para no ver comprometida su garantía, dejando para un momento posterior el estudio de las objeciones puestas por la registradora, y, en su caso, su subsanación. Y es ahora, cuando una vez subsanados los defectos objetados, se solicita la inscripción de tales cláusulas en el Registro, que por tanto, lo serán por primera vez, por lo que por la vía de la diligencia, en este caso, no se está modificando nada ya inscrito. Vía ésta que, además, presenta la ventaja, no precisamente menor en la actualidad, de ayudar a reducir costes en la formalización de la financiación bancaria. En definitiva, y a modo de resumen: 1º).—La voluntad de subsanar se ha expresado por una vía, la diligencia, que, como se ha visto, no es extraña para recoger voluntades negociales. 2º).—Que la diligencia, en cuanto que parte de la escritura, la conforma y participa de su naturaleza jurídica. 3º).—Que, por tanto, lo que se ha presentado en el Registro es una escritura, (que recoge el consentimiento de todos los interesados), categoría documental perfectamente apta (art. 3 LH) para su acceso al mismo. 4º).—Que se presenta una escritura de la que, si bien ya se había inscrito anteriormente una parte de su contenido, ahora se solicita que se inscriban las cláusulas que no lo estaban. En suma, el total contenido de dicho documento se inscribiría así mediante dos inscripciones parciales, en función precisamente de la voluntariedad de la inscripción en nuestro derecho y del carácter rogado de ésta. Por todo ello, solicito de esa Dirección General que revoque la mencionada nota de calificación y que acuerde la inscripción de la escritura objeto de la misma».

IV

La registradora emitió informe el día 23 de mayo de 2017, manteniendo su calificación, y lo elevó, junto con el resto del expediente, a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 6, 1204, 1255, 1256, 1261, 1277, 1280 y 1288 del Código Civil; 3, 12, 18, 40, 82 y 258 de la Ley Hipotecaria; 1, 17 y 24 de la Ley del Notariado; 144, 153, 177 y 197 del Reglamento Notarial; 3, 4, 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; 2 a 4, 15, 18, 19 y 29 de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) número 1093/2010; 1, 2, 5 a 9, 22 y 23 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación; 3, 4, 80 y 82 a 90 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se

aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio y 16 de diciembre de 2009, 14 de junio de 2012, 14 de marzo y 30 de mayo de 2013, 30 de abril de 2014 y 21 de enero y 11 de junio de 2015; las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2009, 10 de marzo de 2010, 18 de junio de 2012, 9 de mayo y 13 de septiembre de 2013, 8 de septiembre de 2014, 25 de marzo, 22 de abril y 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero y 3 de junio de 2016, respecto a las cláusulas abusivas de los contratos de préstamo y a la calificación registral de los préstamos hipotecarios; la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 de marzo de 2016, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de diciembre de 2010, 16 de agosto de 2011, 7 de noviembre de 2012, 23 de marzo, 13 de septiembre y 18 de noviembre de 2013, 5 y 18 de febrero, 12 de septiembre y 3, 6 y 9 de octubre de 2014, 21 de enero, 30 de marzo, 28 de abril, 14 de mayo y 25 de septiembre de 2015, 9 de marzo, 20 de junio y 19 de octubre de 2016 y 24 de mayo de 2017, en cuanto a calificación registral de las cláusulas de los préstamos hipotecarios y los efectos civiles y registrales de la nulidad de las cláusulas denegadas por abusividad, de 4 de noviembre de 2000, 5 y 20 de mayo de 2003, 13 de mayo de 2010, 19 de octubre de 2011, 20 de febrero de 2012, 1 de marzo de 2013, 5 y 15 de mayo de 2015 y 28 de noviembre de 2016, en materia del valor de los documentos públicos y de la diligencias contenidas en los mismos, y de 13 de enero de 1995, 17 de marzo y 19 de abril de 2004, 5 de junio, 20 de julio y 27 de noviembre de 2006, 23 de marzo, 12 de mayo y 26 de julio de 2007, 12 de enero de 2012 y 18 de mayo de 2013, en cuanto a la actuación rogada del registrador de la Propiedad, interpretación de los documentos y la inscripción parcial.

1. Inscrita parcialmente una escritura de préstamo hipotecario y no habiéndose inscrito la estipulación relativa a los intereses de demora, y su cláusula de hipoteca, se presenta de nuevo la indicada escritura, junto con diligencia de rectificación otorgada tanto por la entidad prestamista como por los prestatarios, por la que se da nueva redacción a la estipulación relativa a los intereses de demora y parte referida a la constitución de hipoteca de los mismos.

Como cuestión previa debe recordarse que, de conformidad con los artículos 324 y 326 de la Ley Hipotecaria y la doctrina de este Centro Directivo (*vid.* Resoluciones de 16 de febrero de 2005, 5, 17 y 18 de marzo de 2008 y 1 de agosto de 2014, entre otras), el objeto del expediente de recurso contra las calificaciones de los registradores de la Propiedad y mercantiles es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa realizada por el registrador de la propiedad es o no ajustada a Derecho tanto formal como sustantivamente; no pudiendo entrar a valorar otros posibles defectos que pudiera contener la escritura, ni tampoco aquellos defectos puestos de manifiesto en la nota de calificación que no hubieran sido objeto de impugnación, o aquellos respecto de los que, aun habiendo sido recurridos, el registrador ha procedido a rectificar la calificación y acceder a su inscripción en el informe.

No obstante, a pesar de no referirse explícitamente a ello el recurrente (que se limita a solicitar en su escrito de impugnación que se inscriba la escritura con el contenido que resulta de la diligencia debatida), razones de economía y sistemática procedimental aconsejan abordar, en este supuesto concreto, el segundo defecto señalado en la nota de calificación, es decir, la falta de claridad acerca de lo que se solicita inscribir en la instancia de solicitud de inscripción que se acompaña a la escritura de hipoteca y a su diligencia complementaria; pues la solución que se dé al mismo condiciona si se debe entrar a valorar el recurso interpuesto en relación con el primer defecto o si es ocioso enjuiciar el mismo.

Señala la registradora de la Propiedad en este segundo defecto que los términos de la instancia en la cual se solicita la inscripción de la escritura de hipoteca, ciertamente ambiguos, plantean la duda acerca si lo que se quiere inscribir en la segunda presentación de la misma es la hipoteca en los términos acordados por los interesados según la diligencia notarial de rectificación incorporada, o que se inscriba la hipoteca según lo

pactado inicialmente por renunciarse expresamente a la instancia en la que, en su día, se solicitó la inscripción parcial de la hipoteca sin las cláusulas que fueron objeto de tacha en la calificación registral.

A este respecto debe recordarse que es doctrina reiterada de esta Dirección General (Resoluciones de 5 de junio y 27 de noviembre de 2006, 23 de marzo de 2007 y 18 de mayo de 2013) que el registrador de la Propiedad al calificar los documentos inscribibles ha de tener en cuenta no sólo la simple y pura literalidad de los términos empleados en su redacción, sino la intención evidente de los otorgantes reflejada en el negocio documentado y en los documentos que le complementen y acompañen. La valoración global de lo querido por las partes, tanto desde el punto de vista negocial como del formal de la rogación de la inscripción, debe hacerse en el sentido más adecuado para que produzca efectos, debiendo operar también la interpretación lógica y la sistemática o contextual.

Partiendo de este entendimiento es evidente que, en el presente supuesto, la intención de la entidad presentante es la de la inscripción de la hipoteca en los términos que resultan de la diligencia de rectificación, pues carece de toda lógica rectificar un defecto de la escritura y presentar en el registro de la propiedad testimonio de la diligencia en que consta esa rectificación, operada precisamente para salvar la calificación registral, y luego solicitar la inscripción de la hipoteca como si esa rectificación no se hubiera verificado a sabiendas, además, de cuál será la actitud del funcionario calificador en tal caso. Sentada esta conclusión: se solicita la inscripción en los términos que resultan de la diligencia de rectificación cuyo testimonio se aporta, procede analizar ahora si tal medio es el adecuado para salvar el defecto alegado en la primera nota de calificación, lo cual es negado en el primer defecto señalado en la nueva calificación.

2. A este respecto debe señalarse que calificada negativamente una escritura de préstamo hipotecario como consecuencia de la sentencia del Tribunal Supremo en materia de abusividad de intereses moratorios de 3 de junio de 2016, el notario autorizante incorpora a la escritura testimonio de una diligencia extendida según se indica en la misma para «subsana el error padecido» en la que se adecúan a la doctrina derivada de dicha sentencia tanto la cláusula relativa a los intereses de demora (dos puntos porcentuales más que el interés ordinario nominal previsto), como la relativa a su cobertura hipotecaria de dichos intereses moratorios que es adaptada al nuevo contenido de la cláusula anterior (se establece un tipo máximo del 8 % en sustitución del anterior del 12 %).

En la citada diligencia comparece ambas partes contratantes, los prestatarios y el representante de la entidad acreedora, y la registradora basa su calificación en el hecho que existiendo una hipoteca ya inscrita con una determinada extensión y contenido, por haberse excluido por abusivas unas cláusulas determinadas, y en la que se quiere adaptar la misma a la legalidad, el documento adecuado para efectuar esta operación no es una diligencia notarial, sino que considera necesario que se otorgue una nueva escritura de novación en la que comparezcan los deudores y la entidad acreedora acordando la modificación del préstamo hipotecario en los términos que acuerden y sean necesarios.

Procede, por tanto, analizar como primera cuestión cuáles son las consecuencias legales de la denegación de una cláusula por razón de su abusividad, dado que según cuál sea su alcance, el documento adecuado para la adaptación a la legalidad será diferente.

3. En la escritura cuya suspensión de inscripción es objeto de este recurso, dos prestatarios personas físicas, que actúan en calidad de consumidores, constituyeron una hipoteca en garantía de un préstamo sobre un piso de su propiedad, que tiene el carácter de ser su residencia familiar habitual, a favor de la entidad financiera «Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.»; dándose la circunstancia que esa escritura ya fue suspendida su inscripción por razón de vulnerar la cláusula de intereses moratorios y el concepto correspondiente a los mismos en la constitución de hipoteca, la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 (dos puntos porcentuales por encima del interés ordinario pactado), y que habiéndose solicitado por instancia la inscripción parcial de la hipoteca sin dicha cláusula y responsabilidad hipotecaria, la misma se practicó el día 5 de septiembre de 2016 con omisión de la cláusula relativa a los intereses moratorios y del concepto de la responsabilidad hipotecaria que los garantizaba.

A este respecto, siendo aplicable la normativa de protección de los consumidores debe recordarse que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE dispone que «los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas». Por su parte, el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, dispone que «las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas».

Es decir, como viene reiterando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las sentencias citadas en los «Vistos», la declaración de abusividad de una cláusula contractual implica que la misma se entienda por no puesta o excluida del contrato íntegramente y a todos los efectos, sin que su contenido pueda ser moderado o integrado por los jueces ni por ningún otro funcionario salvo, excepcionalmente, cuando el contrato no pueda subsistir sin dicha cláusula o se vea comprometida su eficacia orgánica, circunstancias éstas que no concurren con la supresión de la cláusula intereses moratorios que no se devengaran a partir de su exclusión. La paralela supresión de la garantía hipotecaria de tales intereses es una consecuencia de la accesoriedad de la hipoteca respecto de la obligación que garantiza de tal manera que si no es posible fácticamente que se devenguen intereses moratorios no será posible la cobertura de una obligación que nunca llegará a existir (Resoluciones de 9 de enero de 2002, 11 de octubre de 2004, 25 de abril de 2005, 26 de enero de 2012, 28 y 29 de mayo de 2014 y 26 de octubre y 7 de noviembre de 2016).

Por otra parte, esta nulidad de las cláusulas abusivas opera «ipso iure», como tienen declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Supremo español (Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009 y 14 de junio de 2012 y Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo y 13 de septiembre de 2013, entre otras), es decir, que no necesita para su aplicación por las autoridades y funcionarios nacionales, incluidos los registradores de la Propiedad, de declaración judicial previa a consecuencia de una impugnación del consumidor.

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

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

4. De conformidad con todo lo expuesto resulta que la ineficacia de la cláusula de intereses moratorios contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo español se impone coactivamente al acreedor profesional como una sanción; nada puede, en consecuencia, subsanarse, rectificarse, aclararse o integrarse, porque la cláusula como tal deja de existir y sólo un nuevo acuerdo negociado entre las partes puede posibilitar el acceso registral de un pacto sobre esa materia, pero esa cláusula recogerá un pacto nuevo y totalmente desligado del anterior.

Como pusieran de relieve las Resoluciones de 20 de junio y de 19 de octubre de 2016 y 24 de mayo de 2017, la denegación registral de una estipulación abusiva supone la eliminación formal de la misma, y posibilita un nuevo acuerdo entre partes y «ex novo» pactar una mejora de la cláusula dejada sin efecto porque la calificación registral ha restablecido el equilibrio contractual y el consumidor con pleno conocimiento de causa, puede prestar un consentimiento libre e informado.

5. El problema en el supuesto concreto objeto de esta recurso radica en determinar si, dada la naturaleza del acto que se pretende inscribir, y resultando que, además, tiene como finalidad completar o modificar una hipoteca inscrita, es suficiente la presentación en el Registro de la misma copia autorizada de la escritura que motivó el asiento, a la que se incorpora una diligencia de «subsanación de errores padecidos» en la que, con el consentimiento expreso de ambas partes contratantes, se procede a sustituir la cláusula calificada como abusiva y su correlativa responsabilidad hipotecaria.

Pues bien, es doctrina reiterada por este Centro Directivo (*vid.* Resoluciones de 5 de mayo de 1978, 6 de noviembre de 1980, 10 de septiembre de 2004, 19 de junio de 2010 y 7 de marzo y 15 de octubre de 2011), que cuando se trate de la rectificación de errores o inexactitudes cometidos en una escritura pública que se reflejaron en la inscripción, siempre que se refieran a hechos susceptibles de ser probados de un modo absoluto con documentos fehacientes, independientes por su naturaleza de la voluntad de los interesados, no es necesario acudir al procedimiento general de rectificación registral ni inexcusable la aplicación de los artículos 40.d) y 82 de la Ley Hipotecaria, pues bastará para llevar a cabo la rectificación la petición de la parte interesada acompañada de los documentos que aclaren el error producido.

Esta circunstancia es la que tiene lugar, por ejemplo, cuando el error se hubiere cometido en la copia autorizada presentada a inscripción, pero la matriz de la escritura pública fuera correcta, para cuyo supuesto el artículo 1220 del Código Civil dispone que: «Las copias de los documentos públicos de que exista matriz o protocolo, impugnadas por aquellos a quienes perjudiquen, sólo tendrán fuerza probatoria cuando hayan sido debidamente cotejadas. Si resultare alguna variante entre la matriz y la copia, se estará al contenido de la primera». De ahí que el artículo 243 del Reglamento Notarial permita la rectificación de errores advertidos en la copia de manera sencilla sin necesidad de nuevo consentimiento de los interesados al señalar que «Las copias en soporte papel no podrán contener interpolaciones, tachaduras, raspaduras o enmiendas, ni siquiera en su pie o suscripción. Cuando fueran advertidos errores u omisiones, se subsanarán mediante diligencia posterior autorizada de igual modo que la copia haciendo constar, además, por nota al margen de ésta, la rectificación». Nada tiene que ver esta forma de rectificación con la prevista en el artículo 153 del Reglamento Notarial.

Pero este no es el supuesto que nos ocupa, como ya se ha señalado en los fundamentos de derecho anteriores, por lo que lo procedente es presentar el correspondiente instrumento público que contenga el consentimiento expreso de ambas partes contratantes acerca de la novación del préstamo hipotecario y del concreto contenido de las cláusulas que vayan a sustituir a aquellas cuya inscripción se omitió. Y, aunque se considerara que no se trata de modificación sino de una subsanación o rectificación, sería aplicable el procedimiento previsto en los artículos 40.d) y 82 de la Ley

Hipotecaria, y la rectificación exigiría también el consentimiento de los titulares registrales de los derechos reales afectados o, en su defecto, resolución judicial de ser ésta procedente.

6. El instrumento notarial adecuado para recoger los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, contratos o negocios jurídicos en general, según los artículos 17 de la Ley del Notariado y 144 del Reglamento Notarial, es la escritura pública, planteándose en este caso la cuestión acerca de la eficacia que, a los efectos de modificar una hipoteca inscrita, puedan tener las diligencias de modificación del contenido de las cláusulas contractuales otorgadas con el consentimiento del acreedor y del deudor, como la que concurre en este expediente.

Como reconoce la Resolución de 30 de mayo de 2014, no puede rectificarse una situación registral tratando como un mero error del título o de la inscripción lo que en realidad se trata de un error de consentimiento (que en aquel supuesto se refería al objeto del contrato, pues casi seis años después de la transmisión operada en escritura pública se otorga otra en la que se expresa que no se pretendía transmitir y adquirir la participación indivisa sobre determinada finca registral, sino el pleno dominio de otras dos). Según la misma Resolución, lo anterior no es óbice a la posibilidad de alterar los términos de la escritura cuando éstos no se ajustan a la realidad, haciendo posible la rectificación o aclaración y el posterior acceso de la misma al Registro, sin que sea necesario un determinado pronunciamiento judicial. No obstante, tal alteración siempre ha de estar supeditada al hecho de que quede suficientemente causalizado el acto correspondiente (artículos 1261 y 1275 del Código Civil y 2 de la Ley Hipotecaria) y, consiguientemente, la razón de la modificación o rectificación, a fin de evitar que por una vía indirecta y fraudulenta se puedan alterar las reglas generales que regulan la transmisión de los bienes y derechos.

En el presente supuesto la denominación atribuida por el notario recurrente a la diligencia en que se modifican las estipulaciones relativas los intereses moratorios ha sido la de «subsanción de errores padecidos».

Ahora bien, debe tenerse en cuenta, como señala el notario recurrente, que más allá de su contenido específico, la naturaleza jurídica formal que haya de otorgarse a las diligencias notariales vendrá determinada por la propia naturaleza jurídica del documento al que complementan o subsanan, del que vendrán a formar parte. Y, en lo tocante a su idoneidad material debe reiterarse una vez más el criterio de esta Dirección General (*vid.* Resoluciones de 4 de noviembre de 2000, 19 de octubre de 2011 y 5 de mayo de 2015), acerca de que la denominación que se atribuya a un determinado documento notarial no desvirtúa la verdadera naturaleza de éste, que debe calificarse en atención a su contenido y no al nombre que se le haya dado.

En este caso bajo la expresada denominación de diligencia de «subsanción de errores padecidos» nos encontramos con un instrumento público, en el que consienten expresamente ambas partes contractuales, acreedor y deudor, el notario autorizante da fe de conocer a los comparecientes y emite un juicio de capacidad y legitimación, señala que éstos, debidamente informados, proceden a sustituir las estipulaciones tachadas de ininscribibles por la registradora de la Propiedad (lo que constituye un auténtico consentimiento negocial), y por último da fe de haber leído el documento a las partes comparecientes, que encontrándolo conforme lo aprueban y firman; lo que claramente constituye un contenido y estructura propio de las escrituras públicas. Por lo demás, el hecho de que se exprese en la diligencia que tiene por objeto «subsancar el error padecido» bien puede entenderse como manifestación dirigida a eliminar del contrato esa cláusula abusiva, de suerte que se pretende partir de una verdadera libertad contractual que tiene como consecuencia que haya una verdadera renovación del consentimiento contractual respecto de la cláusula de intereses moratorios.

Por tanto, siempre que las diligencias de que se trata sean otorgadas por los contratantes, por si mismos o debidamente autorizados para el concreto y real acto jurídico que se documenta, y contengan todos los requisitos antes indicados, constituirán vehículo hábil para la inscripción de la modificación del préstamo hipotecario, tanto cuando la

hipoteca todavía no consta inscrita en el Registro de la Propiedad, como cuando ya lo estuviere en virtud de solicitud de inscripción parcial.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso en los términos señalados y revocar la nota de calificación de la registradora.

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 julio de 2017.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.