

LOS INTERESES EN EL CRÉDITO AL CONSUMO TIENEN LÍMITE MÁXIMO

Carlos Ballugera Gómez

Doctor en Derecho. Registrador de la Propiedad
Director del Centro de Estudios Registrales de Madrid
@BallugeraCarlos

TITLE: *Interests in consumer credit have a maximum limit.*

RESUMEN: Pese a todo tipo de cautelas y a pesar de ellas, la DGRN impone, sin cobertura legal expresa, un límite objetivo a la cuantía de los intereses remuneratorios: son abusivos los que sean superiores a los moratorios. También fija su doctrina sobre la inscripción parcial, admitiéndola sin consentimiento del predisponente para unos casos, pero exigiendo el consentimiento del mismo en otros. Mientras creemos que se debe avanzar en la recepción del moderno Derecho sobre condiciones generales en la regulación del procedimiento registral, me gusta la primera decisión de esta resolución, que creemos marcará un hito en la formulación legal de un límite a la cuantía de los intereses ordinarios en el crédito al consumo.

ABSTRACT: *Behind the prejudices, DGRN set a limit in the ordinary interest rate: it could not be lower than interest on arrears. She also puts her doctrine upon partial inscription: it needs professional will in some cases and will not in others. Whilst we want this result to be clarified, we support her decision about objective limit over ordinary interest rate. This decision will mark the way future's legal evolution over legal limits in consumer credit.*

PALABRAS CLAVE: Intereses remuneratorios, ordinarios, de demora, inscripción parcial, control del contenido, personas consumidoras, crédito al consumo, tasa del tipo de interés, usura.

KEY WORDS: *Interest on arrears, remunerative interest, partial registration, content control, consumers, consumer credit, limit of interest, usury.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. INTERESES REMUNERATORIOS ABUSIVOS: FUNDAMENTO. 3. ALCANCE DE LA INEFICACIA POR LA DIVERGENCIA ENTRE INTERESES REMUNERATORIOS Y ORDINARIOS. 4. SOBRE EL ÁMBITO DEL RECURSO EN CLÁUSULAS ABUSIVAS. 5. CONTROL DEL CONTENIDO SOBRE OBJETO PRINCIPAL DEL CONTRATO. 6. INSCRIPCIÓN PARCIAL. 6.1. *Intervención del registrador y deficiencias en la regulación hipotecaria.* 6.2. *Los argumentos de la inscripción parcial.* 6.3. *La inscripción parcial en la resolución 20 junio 2016.* 6.4. *Abusividad de la retención de parte del capital.* 7. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Con la resolución de 20 junio 2016, es ya la cuarta vez que la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) establece rotundamente su nueva doctrina: los intereses remuneratorios superiores a los moratorios en el crédito o préstamo con personas consumidoras son abusivos¹.

¹ Resoluciones DGRN de 7 de abril, 10 febrero 2016; y 22 julio 2015. Los links respectivamente en <http://www.notariosyregistradores.com/web/resoluciones/por-meses/resoluciones-dgrn-abril-2016/#110-prestamo-hipotecario-interes-excesivo>;

Como fundamento de esa decisión sospechamos se encuentra el que en el préstamo y crédito con personas consumidoras la cuantía de los intereses ordinarios o remuneratorios debe sujetarse a límites legales².

Con todo no deja de ser paradójico que los únicos límites legales expresos a los intereses remuneratorios sean los establecidos en la ley de usura de 1908, que son inoperantes, mientras que los únicos límites operantes, los puestos por la DGRN, no tienen cobertura legal o la tienen indirecta.

Indirecta, para el caso de la financiación hipotecaria de la vivienda, porque el art. 114.3 de la Ley Hipotecaria (en adelante, LH) establece un máximo legal para el interés de demora en tres veces el interés legal del dinero. Ese límite, a través de la conexión puesta por la DGRN entre ambos tipos de interés, comprime los intereses ordinarios, que al concurrir con los de demora no podrán superar ese límite.

La DGRN confirma también el carácter abusivo de la retención por la entidad intermediaria, sobre el capital prestado, de una cuantía igual a dos mensualidades de intereses. Finalmente se fija lo que la resolución llama doctrina vigente sobre la inscripción parcial.

Ahora vamos a ver la fundamentación de la abusividad de los intereses remuneratorios, el alcance de la ineficacia por la divergencia entre intereses remuneratorios y ordinarios, el ámbito de actuación de la DGRN en el recurso con relación a las cláusulas abusivas, una observación sobre el control del contenido del objeto principal del contrato, para centrarnos y terminar con el análisis de la doctrina de la resolución sobre la inscripción parcial.

2. INTERESES REMUNERATORIOS ABUSIVOS: FUNDAMENTO

Para fundamentar su decisión sobre el carácter abusivo de los intereses remuneratorios nos dice la resolución que «Es evidente que todo interés de demora - como ya se ha dicho-, por su propia condición de cláusula indemnizatoria o disuasoria tiene que ser superior al interés ordinario que tiene una función meramente remuneratoria³».

<http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/la-dgrn-pone-un-limite-maximo-al-interes-remuneratorio-del-prestamo-hipotecario/>;

<http://www.notariosyregistradores.com/web/resoluciones/por-meses/resoluciones-dgrn-septiembre-2015/#294-no-cabe-interes-remuneratorio-superior-al-moratorio-> La resolución de 20 junio 2016 aquí: <http://www.notariosyregistradores.com/web/resoluciones/por-meses/resoluciones-dgrn-julio-2016/#243-hipoteca-clausulas-abusivas-intermediario-retiene-parte-del-capital-inscripcion-parcial>.

² Vid. «Informe anual 2015 y debates en las Cortes Generales», Defensor del Pueblo, Madrid, 2016, pg. 491.

³ También GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre calificación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios», en *RCDI*, núm. 741, (2014), pg. 157.

Nos cuesta ver la evidencia. Las expresiones «indemnizatoria» y «disuasoria» no son sinónimas. El interés de demora sólo será superior al remuneratorio cuando además de indemnizar pretenda disuadir. En el sistema español, meramente reparador y no penalizador, lo evidente parece más bien que la función indemnizatoria del interés moratorio no puede ir más allá del interés remuneratorio y no puede superarlo⁴.

Por otro lado, atendiendo a la finalidad del interés moratorio y a si esa finalidad puede conseguirse por medio de una determinada cuantía de la mora destinada a asegurar un efecto disuasorio del incumplimiento, no creemos que en la hipoteca pueda fijarse cantidad con finalidad disuasoria alguna del impago, al menos en condiciones generales y sobre todo en condiciones generales⁵.

La condición general sobre el carácter disuasorio del interés de demora, en el contrato por adhesión está sujeta al control del contenido, ya que la disuasión estipulada tiene que ser acorde a la finalidad perseguida y no ir más allá de ella, conforme a la jurisprudencia europea (STJUE 14 marzo 2013, apartado 74) y, por otro lado, no debe suponer una indemnización desproporcionadamente alta en contra del art. 85.6 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGDCU)⁶.

Tampoco vemos en nuestro derecho que haya una prohibición de renuncia a todo o parte de la indemnización contractual, más allá de los límites legales de toda renuncia, ni que haya una prohibición de estipular un interés moratorio inferior al remuneratorio⁷.

Con todas esas dudas a la vista, lo verdaderamente importante parece ser la decisión de la DGRN, su opción por poner un límite a los intereses ordinarios, postura en la que coincide con el Tribunal Supremo⁸.

Compartimos la decisión de limitar los intereses remuneratorios y compartimos esa decisión porque lo que es evidente es la necesidad de imponer una tasa o límite máximo a la cuantía de los intereses en el crédito a personas consumidoras, contra el

⁴ ZURITA MARTÍN, I., «La regulación de la indemnización de daños y perjuicios e intereses en la propuesta de reglamento sobre una normativa común de compraventa europea (CESL)», en *RCDI*, núm. 745, (2014), págs. 2357 y 2376.

⁵ Vid. mis trabajos «Las pólizas bancarias», Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pg. 141 y «Tope máximo de intereses de demora», en *RDC*, núm. 1, (2014), págs. 103-120 y «Moderación de los intereses moratorios», en www.notariosyregistradores.com (publicado el 26 febrero 2014).

⁶ Vid. link en <http://www.notariosyregistradores.com/CONSUMO/BREVES/2013-prontuario-para-conocer-si-una-clausula-es>.

⁷ SOLER SOLÉ, G., «Intereses de demora, TS, TJUE y principio de primacía», en *Diario La Ley*, Nº 8805, Sección Tribuna, 18 de Junio de 2016, Ref. D-286, Editorial LA LEY, pg. 8.

⁸ Vid. apartado 7 fundamento jurídico 4 de STS 22 abril 2015 en <http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/el-tribunal-supremo-declara-nulos-los-intereses-de-demora-del-218-y-los-sustituye-por-los-remuneratorios/>.

tabú de que los intereses remuneratorios no tienen límite cuantitativo, introducido en nuestro Derecho por la Ley de 14 marzo 1856⁹.

Ante el vacío legal la decisión de la DGRN es saludable en cuanto reconoce la necesidad de un límite objetivo a los intereses remuneratorios en los préstamos y créditos con personas consumidoras¹⁰.

La Defensora del pueblo, en su informe de 2015 propone un límite general para intereses remuneratorios y moratorios a las personas consumidoras del doble del interés legal del dinero. Esperemos que la llegada del nuevo Gobierno, sea el que fuere, marque el comienzo de los pasos necesarios para hacer realidad esas restricciones, beneficiosas para las personas consumidoras y para el crédito al consumo.

3. ALCANCE DE LA INEFICACIA POR LA DIVERGENCIA ENTRE INTERESES REMUNERATORIOS Y ORDINARIOS

Repitamos los argumentos de la resolución para impedir el acceso al registro de los intereses remuneratorios superiores a los moratorios: «Es evidente que todo interés de demora, por su propia condición de cláusula indemnizatoria o disuasoria tiene que ser superior al interés ordinario que tiene una función meramente remuneratoria, y ambos tipos de interés deben guardar en todo caso una cierta proporción, pronunciándose siempre la Ley en el sentido de que los intereses de mora deben calcularse partiendo de los intereses ordinarios previamente pactados o de su asimilado el interés legal del dinero [...] Por tanto, al haberse pactado un interés remuneratorio notablemente superior al moratorio convenido vigente en el momento de la contratación, respecto de este defecto debe confirmarse la nota de la registradora».

La relación o proporción entre uno y otro tipo de intereses resulta decisiva para negar el acceso al registro de los intereses ordinarios. Entonces, tras las SSTs 22 abril 2015 y 3 junio 2016, que consideran nulos los intereses moratorios que excedan en más de dos puntos los intereses remuneratorios, nos preguntamos qué será de los intereses moratorios de este contrato, tras la expulsión de los intereses remuneratorios del registro.

Parece claro que al ser los intereses moratorios más bajos que los remuneratorios los intereses de demora serán válidos según la jurisprudencia citada, máxime si respetan el límite del art. 114.3 LH como es el caso.

⁹ Vid. links en <http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/el-tribunal-supremo-declara-nulos-los-intereses-de-demora-del-218-y-los-sustituye-por-losremuneratorios/> y en <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1856/1168/A00001-00001.pdf>.

¹⁰ He sostenido la pertinencia de un límite en el tipo de interés del crédito a personas consumidoras en «Las pólizas bancarias», op. cit., págs. 141-142.

Ahora bien, al quedar reducidos a cero los intereses remuneratorios por causa de su nulidad, los intereses moratorios excederán en mucho los dos puntos de diferencia con los remuneratorios, lo que los haría nulos.

En este caso, dado que los intereses de demora se encuentran dentro del límite del art. 114.3 LH y que la exclusión del registro de la cláusula de intereses de demora no tiene más efectos que los propios de su falta de inscripción, sin que haya declaración de nulidad judicial, cabría defender la inscripción de la cláusula de intereses moratorios y no extender la no inscripción más allá de la cláusula de intereses ordinarios.

Sin embargo, a la luz de las sentencias citadas y que, además, nuestro Derecho de daños da a la indemnización de daños y perjuicios un carácter eminentemente compensatorio y no punitivo, anulados los intereses remuneratorios, no hay nada que compensar, por lo que la nulidad de la cláusula de intereses remuneratorios arrastrará a la de demora¹¹.

4. SOBRE EL ÁMBITO DEL RECURSO EN CLÁUSULAS ABUSIVAS

«Como consideración previa debe tenerse en cuenta que, de conformidad con los artículos 324 y 326 de la Ley Hipotecaria y la doctrina de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 16 de febrero de 2005, 5, 17 y 18 de marzo de 2008 y 1 de agosto de 2014), el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad y Mercantil es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa realizada por el registrador titular del Registro en que debe inscribirse el negocio celebrado, también exclusivamente en cuanto a los puntos de la misma que hayan sido objeto del recurso, es o no ajustada a Derecho tanto formal como sustantivamente; no pudiendo entrar a valorar otros posibles defectos que pudiera contener la escritura».

Este pronunciamiento contrasta con la STS 9 mayo 2013 (apartados 123 y 124) cuando hace un llamamiento a la modulación o matización del principio dispositivo, inspirado en el también principio de eficacia del Derecho europeo en materia de cláusulas abusivas, invitando a los jueces a ir más allá de las exigencias de la congruencia cuando se trata de enjuiciar el carácter abusivo de las condiciones generales, aplicando de oficio el control del contenido¹².

Ese análisis de oficio de las condiciones generales, las cuestionadas en el recurso y las sometidas a inscripción, pudiera también corresponder a la DGRN. La resolución de 1 octubre 2010 dijo que «no es posible ignorar el origen comunitario de gran parte de la normativa española en materia de protección de consumidores y la necesidad de que las autoridades nacionales realicen una interpretación conforme al Derecho

¹¹ ZURITA MARTÍN, I., «La regulación de la indemnización...», op. cit., págs. 2357 y 2376.

¹² Vid link en <http://www.notariosyregistradores.com/CONSUMO/ARTICULOS/2013-clausulas-suelo-sts-9-mayo-2013.htm>.

comunitario del ordenamiento nacional, interpretación que el Tribunal de Justicia de la UE ha ampliado a la aplicación de las Directivas. Según la Sentencia Von Colson (As. 14/83) y la reiterada jurisprudencia posterior de la Corte de Luxemburgo, 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, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, autoridades entre las que deben incluirse tanto notarios como registradores¹³». La DGRN es una de esas autoridades.

Desde esa perspectiva, cabe plantearse si, al margen de la concepción tradicional del recurso gubernativo y al principio dispositivo que rige en el mismo, es necesario replantearse esta configuración y dar paso a una aplicación de oficio del control del contenido de las condiciones generales en el recurso gubernativo y, en consecuencia, no limitar la discusión sobre cláusulas abusivas a las peticiones del recurrente ni a la rogación de las partes, sino a todos aquellos aspectos del contenido contractual presentado a inscripción en el que el equilibrio formal deba ser sustituido por un equilibrio real, por medio de la intervención externa como la de la DGRN.

Si la DGRN se decide a profundizar en la tendencia que impone el Derecho contractual social de protección de las personas consumidoras y adherentes, podrá comprobar o exigir que se compruebe si la empresa intermediaria sujeta a 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 (en adelante, LCCPCHySI), había comunicado al Registro de empresas, conforme al art. 5.4 de esa ley «los tipos de interés máximos de los productos que comercializan, incluidos, en su caso, los tipos de interés por demora».

La falta de comunicación de tales topes máximos da lugar a un supuesto de incumplimiento de la obligación de información previa al contrato que puede suponer, con bastante probabilidad, la ineficacia, por no incorporación o por abusividad –según la opinión de cada cual-, de la cláusula de interés remuneratorio¹⁴.

Más allá del caso, la rígida sujeción de la DGRN a los temas planteados por el recurrente en el recurso gubernativo, perfectamente lógica en el contrato por negociación, ha de ser objeto de reflexión cuando se trata de contrato por adhesión con condiciones generales, porque puede exigir un cambio o adaptación de la regulación del recurso para habilitar expresamente la intervención de oficio de la DGRN contra las cláusulas abusivas o deficitarias de transparencia del título presentado.

¹³ Vid link en <http://www.notariosyregistradores.com/RESOLUCIONES/2010-NOVIEMBRE.htm#r116>.

¹⁴ Art. 5.4 LCCPCHySI: «Las empresas están obligadas a notificar al Registro en el que figuren inscritas, con carácter previo a su aplicación, los precios de los servicios, las tarifas de las comisiones o compensaciones y gastos repercutibles que aplicarán, como máximo, a las operaciones y servicios que prestan, y los tipos de interés máximos de los productos que comercializan, incluidos, en su caso, los tipos de interés por demora».

5. CONTROL DEL CONTENIDO SOBRE LA DEFINICIÓN DEL OBJETO PRINCIPAL DEL CONTRATO

La regla general, según la resolución siguiendo al TS, es la exclusión del control del contenido de la cláusula que define el objeto principal del contrato. Sin perjuicio de que la cláusula de interés de demora no sea una de esas cláusulas, esa afirmación contrasta también con la que hace la STJUE 30 abril 2014 en su apartado 42: «Toda vez que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 establece una excepción del mecanismo de control del fondo de las cláusulas abusivas previsto en el sistema de protección de los consumidores que establece esa Directiva, esta disposición debe ser objeto de interpretación estricta¹⁵».

Las reglas generales tienen fuerza expansiva, colman las lagunas, etc. La interpretación estricta no se aplica a las reglas, se aplica a las excepciones y la exclusión del control del contenido sobre la definición del objeto principal del contrato es una excepción.

Observamos tanto en la DGRN como en el Tribunal Supremo cierta insistencia por estrechar, limitar o reducir el ámbito del control del contenido, dejando fuera del mismo las condiciones generales que definan el objeto principal del contrato o recojan la adecuación del precio o retribución con el bien o servicio que se presta en contrapartida; cuando creemos que esa regla del art. 4.2 Directiva 93/13/CEE es excepcional y no se ha transpuesto al Derecho español, por lo que en España cabe el control del contenido sobre esas cláusulas definitorias del objeto principal del contrato¹⁶.

Dos ejemplos recientes de ese afán restrictivo, en esos casos, del control de transparencia como una modalidad del control del contenido, lo tenemos en las SSTS de 3 junio y 16 julio 2016. La primera limita el control de transparencia a los contratos B2C, la segunda a las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato y a las que se refieran a la adecuación entre precio o retribución, de una parte, y bien o servicio que se presta en contrapartida, de la otra. Hemos tratado con algún detalle estas cuestiones en otro lugar¹⁷.

¹⁵ STS 9 mayo 2013, apartado 192 en <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=6703660&links=&optimize=20130510&publicinterface=true>. Vid. link de la STJUE en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30ddc88629163adc4957af7bf7e52de9a52b.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuTbNb0?text=&docid=151524&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=662043>.

¹⁶ Vid. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., «La progresiva degradación de nuestro ordenamiento en materia de cláusulas contractuales abusivas», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, (2014), 10 págs. en edición de internet (BIB 2014\1102), pg. 7; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», en *Indret*, núm. 3, (2013), pg. 7.

¹⁷ Vid. links en <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=7696266&links=&optimize=20160613&publicinterface=true>; y en <http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/consumo-y-derecho/articulos-cyd/validez-de-la-clausula-de->

6. INSCRIPCIÓN PARCIAL

La crisis económica ha sido el caldo de cultivo por la que se ha producido en España una profundización en la recepción del Derecho sobre condiciones generales de la contratación.

No podemos decir que la doctrina española haya estado al margen de la evolución general europea sobre las condiciones generales. Sin ánimo de hacer una historia de esta parte importante del Derecho contractual español, ya en 1909 el Tribunal Supremo dio pasos para tomar en consideración las condiciones generales, el contrato por adhesión y las cláusulas abusivas, le siguió la STS 13 diciembre 1934, luego la de 27 febrero 1942, la reforma del título preliminar del Código Civil (CC), la Constitución Española (CE), la Ley de Contrato de Seguro (LCS), la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (LGDCU), etcétera¹⁸.

Capítulo aparte merecen la Ley de Crédito al Consumo (en adelante, LCC) y la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC). Pero para seguir el pulso de la actualidad, hay que partir de la crisis económica y del intento de los grandes agentes económicos y sus medios de eludir sus responsabilidades y culpabilizar a la gente de los grandes errores económicos de nuestros capitanes de empresa, para pasar a hacer pagar por ellos, no a sus responsables ¡sino a las personas consumidoras!

Las personas consumidoras que se han quedado sin casa a precio de saldo, con rebajas de todo tipo, que han sufrido el desempleo y sus secuelas en el cumplimiento de sus obligaciones hipotecarias, al ser empujadas al abismo se han encontrado con algo inesperado¹⁹.

Al ser lanzadas al abismo han visto, contra la tradición, que el Estado social y democrático les brindaba su red protectora, las Oficinas Municipales de Información al Consumidor (OMIC) de sus ayuntamientos, las oficinas de intermediación hipotecaria, las consejerías de consumo de las Comunidades Autónomas, los jueces, secretarios, el ministerio fiscal, notarios y registradores de la propiedad y como un viento a favor, las

venta-extrajudicial-en-la-hipoteca/. Tratamos con mayor extensión estas sentencias en mi «Control de transparencia registral en la hipoteca», Diario La Ley, (2016), en prensa.

¹⁸ Esta tendencia es profunda y tiene muchas expresiones que arrancan con la STS de 18 de enero de 1909 (JC-RGLJ 1909\29) y continúa con las de 13 de diciembre de 1934 (JC-RGLJ 1934\74 y también RJ 1934\2180 —que fecha la que parece idéntica sentencia en 12 de diciembre—), 27 de febrero de 1942 (RJ 1942\314), 12 de noviembre de 1957 (RJ 1957\3043), 4 de mayo de 1961 (RJ 1961\1858), 12 de mayo de 1969 (RJ 1969\2473), 13 de abril de 1984 (RJ 1984\1961, considerando segundo), 21 de abril de 1988 (RJ 1988\3269 fundamento jurídico segundo), 7 de diciembre de 1998 (RJ 1998\9619 fundamento jurídico tercero), 27 de mayo de 2003 (RJ 2003\3931, párrafo cuarto del apartado a del fundamento jurídico tercero), y 26 de abril de 2004 (RJ 2004\2714, párrafo segundo de los fundamentos jurídicos).

¹⁹ Vid. link en <http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/consumo-y-derecho/articulos-cyd/rebajas-hipotecarias-descuentos-sobre-la-tasacion/>.

leyes de protección de personas adherentes y consumidoras, empezando por la Constitución Española y pasando por la legislación europea²⁰.

La actuación del registrador en el contrato por adhesión con condiciones generales de la contratación tiene por objeto, como ocurre con el resto de autoridades que tienen contacto con el mismo, la sustitución del equilibrio formal por el real.

En la hipoteca esto tiene lugar por la denegación de las cláusulas ineficaces por abusivas o por falta de transparencia e inscripción de la traba hipotecaria en los mismos términos pero sin las cláusulas ineficaces.

Sin embargo, esta intervención de registradoras y registradores afronta dificultades por los déficits en la regulación hipotecaria respecto de las condiciones generales de la contratación que ahora vamos a revisar a la luz de la resolución de 20 junio 2016.

6.1. Intervención del registrador y deficiencias en la regulación hipotecaria

Para que su intervención reequilibradora tenga lugar basta que el registrador, al tiempo de inscripción de la hipoteca, aprecie el carácter abusivo o no transparente de la cláusula, lo fundamente en su nota, y lo notifique al presentante con prórroga de la vigencia del asiento de presentación, expresando primero que la hipoteca se ha inscrito y segundo, que en cuanto a su contenido, no se ha inscrito la cláusula abusiva o no transparente.

Entretanto, la escritura puede subsanarse, lo que en general requiere pacto y para que haya pacto es necesario un escenario de equilibrio entre el poder de re-negociación de las partes. La nota de denegación con inscripción parcial crea alguna de las condiciones legales que reequilibran el mercado a favor del adherente y abren la posibilidad a un nuevo convenio.

La intervención del registrador es una de las modalidades por las que se sustituye el equilibrio formal del contrato por un equilibrio real. La inscripción parcial de una hipoteca, por ejemplo, sin intereses remuneratorios pone en jaque al acreedor, que se verá si no obligado, al menos inclinado a re-negociar el contrato a cambio de algunas concesiones a la persona consumidora. Es por medio de esas condiciones *legales* que la nota denegatoria del registrador aflora, por las que el legislador social crea una posibilidad de re-negociación favorable a las personas consumidoras.

Es por esa vía, con actuaciones concretas y expresas por encima y al margen de los contratantes, por la que se da cauce al nuevo esquema de poder de mercado más igualitario diseñado por el legislador. Es ahí donde la intervención de oficio del

²⁰ Vid. link en <http://www.notariosyregistradores.com/CONSUMO/ARTICULOS/2012-servicio-ayuda-sobreendeudamiento-familiar-euskadi.htm>.

registrador, completada con la información al adherente de la denegación y con la inscripción parcial son las que pueden aumentar el poder negocial de la persona consumidora y crear mercado donde no lo había.

6.2. Los argumentos de la inscripción parcial

La posibilidad en el contrato por adhesión de la ineficacia de una cláusula por contraria a la norma de equilibrio arranca de que esa ineficacia se produce en el seno de un contrato *ya celebrado* y de que la ineficacia de la cláusula no arrastra la nulidad del contrato, que no perece en su totalidad sino que subsiste sin la cláusula en los mismos términos; lo que permite la inscripción de la hipoteca y la constitución de la traba sobre el inmueble a la seguridad del crédito o préstamo, con el contenido contractual subsistente tras la expulsión de la cláusula ineficaz, sin necesidad para ello de consentimiento ni del presentante ni del interesado. En el plano registral eso significa que la ineficacia por abusiva de una condición general no supone la nulidad del contrato de hipoteca que, al revés, subsiste sin la cláusula ineficaz²¹.

Hemos dicho muchas veces que la ineficacia de una condición general por contraria a la norma de equilibrio es de carácter coactivo, que se impone al predisponente aunque no hubiese querido contratar sin esa cláusula y que su corolario, en materia de hipoteca, dado su carácter accesorio de la obligación garantizada, es la inscripción parcial sin consentimiento del predisponente.

Para el contrato por adhesión con condiciones generales es primordial la existencia y significado en España de una definición legal de las condiciones generales, contenida en el art. 1.1 LCGC. Las condiciones generales por su definición legal son un contenido de regulación contractual *autónomo* y, sobre todo, separable del resto del contrato, contrato que subsiste en los mismos términos –en beneficio del adherente– cuando la falta de transparencia o el carácter abusivo de una condición general exige su expulsión del contrato conforme a los arts. 8.1 LCGC y 83 TRLGDCU.

El carácter accesorio de la hipoteca hace el resto: ineficaz la condición general y la obligación que la cláusula establece, con subsistencia del contrato, se inscribe lo subsistente sin la cláusula ineficaz.

²¹ La norma de equilibrio tiene un aspecto formal según el cual no se incorporan al contrato las condiciones generales oscuras y otro material, según el cual las cláusulas abusivas están prohibidas. Sobre la ineficacia coactiva vid. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., «La progresiva degradación de nuestro ordenamiento en materia de cláusulas contractuales abusivas», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, (2014), 10 págs. en edición de internet (BIB 2014\1102), pg. 3. En cuanto a la inscripción parcial vid. mi «Condiciones Generales de la Contratación y Registro de la Propiedad», en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 7, (2005), págs. 41 a 52; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Las Cláusulas Abusivas por un Defecto de Transparencia», Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, 262 páginas; págs. 140-141 y 219. Vid. también mi «Condiciones generales de la Contratación y Registro de la Propiedad», en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 7, (2005), págs. 41 a 52.

En Derecho español, pese a las protestas de una parte de la doctrina respecto que era innecesario en la norma de transposición de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas, modificar la LH, lo cierto es que la reforma de 1998 para adaptar dicha ley a la contratación con condiciones generales fue muy tímida y que las insuficiencias de la recepción en la LH del contrato por adhesión son todavía manifiestas.

1.- Así, falta en España una norma que precise con claridad que las sentencias firmes de nulidad o no incorporación de las condiciones generales, cuando declaren ineficaz alguna condición general inscrita, obligan al registrador cuando haga alguna operación respecto de la finca en la que se encuentren inscritas alguna de esas cláusulas declaradas ineficaces, a la cancelación de la cláusula ineficaz en el asiento correspondiente, con subsistencia del mismo, por medio de una nota marginal.

2.- Falta en España una norma que recoja en la LH una de las consecuencias del carácter coactivo de la ineficacia de una condición general y es que la inscripción parcial del título en el registro no requiere consentimiento del presentante ni del interesado.

3.- Falta en España una norma que obligue al registrador a notificar la nota de defectos en la que se denuncie la ineficacia de alguna cláusula a la persona consumidora. Piénsese que en la hipoteca el presentante suele ser el acreedor, quien recibe la nota y luego no se la comunica al deudor persona consumidora.

6.3. *La inscripción parcial en la resolución 20 junio 2016*

Nos dice la DGRN que fija en esta resolución su doctrina vigente sobre la inscripción parcial. Resolución doblemente contradictoria, primero, porque dice que lo que va a hacer es recordar su doctrina ya establecida sobre la inscripción parcial, y en realidad la plasma en una resolución por primera vez²².

Segundo porque a la vez que admite la inscripción parcial de la hipoteca sin consentimiento del predisponente –como han admitido múltiples resoluciones anteriores- en aquellos supuestos de exclusión indubitada de un concepto, exige al contrario el consentimiento del predisponente en otros supuestos de exclusión no tan claros, conforme a los arts. 19 bis y 322 LH. La resolución de 15 julio 2016 ha añadido a esta lista la resolución de 18 febrero 2014.

De esa segunda contradicción se puede salir si se deja de aplicar al contrato de hipoteca por adhesión con condiciones generales de la contratación la disciplina del viejo contrato por negociación y, si se abre la puerta a la «exclusión automática de una

²² Sobre la admisión de la inscripción parcial por la DGRN vid. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Las Cláusulas Abusivas por un Defecto de Transparencia», Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, 262 páginas; pg. 241.

parte de la responsabilidad hipotecaria» respecto de los intereses ordinarios «ya que su abusividad pudiera hacerlos nulos en su integridad *ope legis*», pero también respecto de otras condiciones generales rechazadas por su falta de transparencia o por su carácter abusivo.

Respecto a la admisión, sin consentimiento del predisponente, de la inscripción parcial dice la resolución que «Es precisamente esa imposibilidad del registrador de alterar por sí mismo el contenido de la responsabilidad hipotecaria pactada, adaptándola a la normativa o jurisprudencia aplicables, la que motiva, *salvo aquellos supuestos en que la exclusión automática de un concepto de la misma tenga un carácter indubitado*, que deban ser las partes de consuno las que finalmente determinen el verdadero alcance de lo quieren inscribir [subrayado nuestro]».

Para la resolución, el consentimiento de las partes es necesario para inscribir una responsabilidad hipotecaria distinta de la que consta en la escritura pública de hipoteca *salvo* en «aquellos supuestos en que la exclusión automática de un concepto de la misma tenga un carácter indubitado», donde, añadido, bastará la rogación propia de la presentación para la inscripción parcial.

Es decir, cuando la cláusula resulte abusiva o ineficaz conforme a la legislación aplicable por el registrador en la calificación de modo indubitado, es decir, en muchos casos de denegación por abusividad o defecto de transparencia, cabe la inscripción parcial sin consentimiento del predisponente. Es en esta vía donde nos gustaría que la DGRN profundizase y concretase el impacto de las particularidades de la contratación con condiciones generales en el procedimiento registral.

Pero la DGRN, lamentablemente, también se pone en la lógica y regulación del contrato por negociación cuando dice aquí –en un contrato por adhesión con condiciones generales- que «no cabe la inscripción de un documento si el pacto o estipulación rechazados afecta a la esencialidad del contrato o negocio cuya inscripción se pretende», que la rogación en materia de hipoteca es única, que la cláusula es definitoria del objeto principal del contrato o que afecta a la esencialidad del mismo; que la responsabilidad hipotecaria o los requisitos para la ejecución directa son elementos esenciales delimitadores del derecho real de hipoteca²³.

Con estos argumentos admite la suspensión total, sin advertir que con ella da una nueva carta al predisponente para que siga manteniendo el desequilibrio real propio del mercado masivo. Es como si se le admitiera una declaración del tipo: aquí tengo mi voluntad para que la inscribas, pero si no me la inscribes tengo otra. Hay que insistir en

²³ Repárese que por definición una condición general no afecta a lo esencial, a la existencia del contrato. Cuando hablamos de condiciones generales suponemos un contrato existente, con un contenido ordenado en condiciones generales que pueden ser separadas, expulsadas o tenidas por no puestas, sin afectar a la existencia del contrato al que pretendían incorporarse.

que el predisponente no tiene disponibilidad sobre las cláusulas abusivas que se rigen por normas semiimperativas que se le imponen a sus propósitos por piadosos o implacables que sean y sólo pueden ser invocadas en beneficio y por el adherente²⁴.

6.4. Abusividad de la retención de parte del capital

Termina la resolución insistiendo en la suspensión de toda la hipoteca a propósito de la abusividad de la cláusula de retención de parte del capital, porque, a su juicio, la exclusión automática de toda la responsabilidad hipotecaria «debe rechazarse respecto de la responsabilidad hipotecaria que garantiza el principal ya que, primero, la causa de abusividad no afecta a todo el capital prestado y, segundo, porque de extender sus efectos a la totalidad del principal (no obligación de devolver lo efectivamente entregado), se estaría yendo contra la propia esencia del contrato de préstamo (art. 1740 CC) y la hipoteca quedaría sin contenido al carecer de obligación principal que asegurar».

La exclusión automática de toda la responsabilidad hipotecaria por principal no es inscripción parcial de la hipoteca. Podemos preguntarnos, en ese caso, qué tipo de rara inscripción de hipoteca sería la que no tuviera garantía de responsabilidad por principal. Nosotros creemos que la exclusión automática de la cláusula de retención por abusiva no impide la inscripción de la responsabilidad hipotecaria por capital.

Creemos con la DGRN que la abusividad de la retención no afecta a todo el capital prestado y no se extiende a la totalidad del principal, ni impide reclamar las cantidades entregadas.

Tampoco impedirá la inscripción de la garantía sobre todo el capital prestado, porque la ineficacia de la retención no anula el préstamo por esa cuantía, sino que sólo indica la falta de entrega de una parte de la cantidad prestada, precisamente esa cantidad retenida.

Con la nota de denegación de la retención, el deudor podrá pedir la entrega de esa parte del capital, sin que, por otra parte, ningún acreedor pueda reclamarle lo que no le ha sido entregado.

Ahora bien, para que el deudor sepa que puede pedir la entrega de las cantidades indebidamente retenidas parece necesario que su denegación registral se le notifique por el predisponente. Una notificación por parte del registrador, necesita el establecimiento de la correspondiente obligación del mismo en el procedimiento

²⁴ Sobre la semiimperatividad vid. MIQUEL, J. M., «Artículo 8. Nulidad», en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, A. Menéndez Menéndez y L. Díez-Picazo y Ponce de León (Directores), Civitas, Madrid, 2002, págs. 430 y 474-475.

registral, que muestra aquí, repito, otro aspecto de su insuficiente adaptación a la contratación con condiciones generales.

6. CONCLUSIONES

Lo más importante de esta resolución es su decisión sobre la ineficacia de unos intereses remuneratorios por abusivos al ser superiores al interés moratorio, decisión acertada, al igual que la de ineficacia de la retención de dos mensualidades de intereses, confirmando otra vez la DGRN su doctrina sobre la materia. La no inscripción de los intereses debe extenderse a los moratorios.

Apuesto porque esas decisiones marcarán la tendencia que ha de irse desarrollando y concretándose en el tiempo y, que no es otra, que en el préstamo y crédito con personas consumidoras la cuantía de los intereses ordinarios o remuneratorios tiene límites objetivos y debe sujetarse a límites legales.

BIBLIOGRAFÍA:

BALLUGERA GÓMEZ, C., «El-contrato-no-contrato», Madrid, SER, 2006, pp. 256 y 414.

BALLUGERA GÓMEZ, C., «Las pólizas bancarias», Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, 371 pp.

BALLUGERA GÓMEZ, C., «Moderación de los intereses moratorios», en www.notariosyregistradores.com, (publicado el 26 febrero 2014); en <http://www.notariosyregistradores.com/CONSUMO/ARTICULOS/2013-ley-deudores-hipotecarios.htm#14-demora>.

BALLUGERA GÓMEZ, C., «Tope máximo de intereses de demora», en RDC, núm. 1, (2014), pgs. 103-120, en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/51/31>.

BALLUGERA GÓMEZ, C., «Condiciones Generales de la Contratación y Registro de la Propiedad», en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 7, (2005), pp. 41 a 52.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., «La progresiva degradación de nuestro ordenamiento en materia de cláusulas contractuales abusivas», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, (2014), 10 págs. en edición de internet (BIB 2014\1102), p. 7.

DEFENSORA DEL PUEBLO, «Informe anual 2015 y debates en las Cortes Generales», Defensor del Pueblo, Madrid, 2016, p. 491.

GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre calificación de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios», en *RCDI*, núm. 741, (2014), pp. 153-175.

MIQUEL, J. M., «Artículo 8. Nulidad», en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, A. Menéndez Menéndez y L. Díez-Picazo y Ponce de León (Directores), Civitas, Madrid, 2002, pp. 428 a 482.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», en *Indret*, núm. 3, (2013), pp. 1 a 28 en la edición de internet.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Las Cláusulas Abusivas por un Defecto de Transparencia», Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, 262 pp.

SOLER SOLÉ, G., «Intereses de demora, TS, TJUE y principio de primacía», en *Diario La Ley*, Nº 8805, Sección Tribuna, 18 de Junio de 2016, Ref. D-286, Editorial LA LEY, 9 págs. en la edición de internet.

ZURITA MARTÍN, I., «La regulación de la indemnización de daños y perjuicios e intereses en la propuesta de reglamento sobre una normativa común de compraventa europea (CESL)», en *RCDI*, núm. 745, (2014), pp. 2347-2391.

Fecha de recepción: 14.09.2016

Fecha de aceptación: 28.09.2016