

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

10815 *Resolución de 20 de octubre de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador de la propiedad de Sant Mateu, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario.*

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

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 16 de mayo de 2016 por el notario de Alcalá de Xivert, don Rafael Pedro Rivas Andrés, con el número 337 de su protocolo, se constituyó una hipoteca sobre una finca radicante en el Registro de la Propiedad de San Mateu.

II

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad San Mateu el día 16 de mayo de 2016, bajo el asiento 40 del Libro Diario 68 y número de entrada 1687, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria (reformado por Ley 24/2001 de 27 de diciembre) y 98 y siguientes del Reglamento Hipotecario: El Registrador de la Propiedad que suscribe, previo examen y calificación del documento presentado por don/doña Grupo BC Asesoría Hipotecaria SL, el día 16/05/2016, bajo el asiento número 40, del tomo 68 del Libro Diario y número de entrada 1687, que corresponde al documento otorgado por el notario de Alcossebre-Alcalá de Xivert Rafael Pedro Rivas Andrés, con el número 337/2016 de su protocolo, de fecha 16/05/2016, ha resuelto no practicar los asientos solicitados en base a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos y fundamentos de Derecho: 1.–El interés moratorio pactado resulta abusivo al exceder en más de dos puntos porcentuales al interés remuneratorio pactado. La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016, continuadora de las de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016, ha procedido a precisar u objetivar los límites del interés moratorio para que no sea considerado abusivo. Comienza el TS la exposición de su fallo con la siguiente justificación: “En este momento, si partimos del presupuesto condicionante de que el límite legal previsto en el art. 114.3 LH para los intereses de demora en préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de la primera vivienda no sirve de criterio para el control de abusividad, y advertimos la conveniencia, por seguridad jurídica, de establecer un criterio objetivo, no encontramos razones para separarnos del adoptado en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales”. El contenido del fallo es el siguiente: a) El límite máximo de intereses moratorios para los préstamos hipotecarios se fija en dos puntos porcentuales por encima del interés remuneratorio pactado, adoptándose este límite porque “también en este caso, este criterio se acomoda mejor a la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios declarados abusivos que, por afectar al incremento respecto del interés remuneratorio, no impide que se siga aplicando a la deuda el interés remuneratorio pactado”. b) Se declara expresamente abusivo, en el caso de contratos concertados por profesionales con consumidores, el interés recalculado conforme al límite legal del art. 114-3 LH. Este límite, se añade, operará

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

III

Contra la anterior nota de calificación, don Rafael Pedro Rivas Andrés, notario autorizante del título calificado, interpuso recurso en virtud de escrito fechado el día 23 de julio de 2016, con entrada en el Registro de la Propiedad de San Mateu el día 27 de julio de 2016, en base a los siguientes argumentos: «Que al parecer se ha practicado calificación efectuada por el Sr Registrador de San Mateu respecto de su Escritura que luego se habla. Que no estando conforme con dicha calificación, mediante el presente escrito interpone recurso contra ella con base en los siguientes: Hechos. A.–Documento calificado.–Escritura de préstamo con garantía hipotecaria de vivienda del día 16 de Mayo de 2016 bajo el número de Protocolo 337. B.–Supuesto de hecho.–Del documento reseñado resulta que se daba cumplimiento a lo que dispone el Art. 114.3 LH, lo que en todo caso no ha sido cuestionado. C.–Presentación.–Copia de la Escritura se presentó en el Registro de San Mateu el día 16/5/16 causando el Asiento de Presentación 40 del Tomo 68 del Diario y n.º de entrada 1687. D.–Nota de calificación.–La presentación de la Escritura provocó nota de fecha 20/6/16 (que no se ha notificado al recurrente y de la que se tiene noticia por medio de terceros), en la que se suspende la inscripción por el siguiente defecto: “El interés moratorio pactado resulta abusivo al exceder en más de dos puntos porcentuales al interés remuneratorio pactado”. En su apoyo cita una sola Sentencia del

Tribunal Supremo de 3/6/16, y un Acuerdo de la Sala 1.^a del TS de 30/12/11. Fundamentos de Derecho. 0.—Previo notificación de la calificación. El recurrente no ha recibido notificación de la calificación y las noticias que tiene son sólo por referencias de terceros, dejando constancia que jamás ha dado autorización para que la notificación deje de hacerse de manera ordinaria que es como se lleva practicando los últimos ocho años desde ese mismo registro. Por lo anterior se solicita que, en cualquier caso, se considere el presente recurso interpuesto de manera tempestiva por aplicación, en su caso, del Art. 322 LH y la tradicional doctrina de la DGRN que lo interpreta (entre otras Res 4/12/13 y 9/1/14). 1.—La ley, la Jurisprudencia y el principio constitucional de seguridad jurídica. En el “Ancien Regime” una norma secreta emanada de la simple decisión del poder absoluto era suficiente para doblegar la voluntad de los súbditos que no podían haber ajustado previamente sus conductas a algo que desconocían. Para terminar con esas situaciones la moderna codificación impuso una serie de controles y publicidad en la elaboración y aplicación de las leyes, de manera que la tramitación de una ley supone el control de los representantes de la soberanía popular, y su conocimiento por los medios de comunicación lo que supone otro control añadido de carácter social. Lo anterior se complementa con que las leyes no tienen por lo general carácter retroactivo (Arts 9.3 CE y 2.3 Cc) y con el principio de publicidad del Art. 2.1 Cc “Las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado, si en ellas no se dispone otra cosa”. Con todo este sistema de contrapesos los ciudadanos (ya no súbditos) pueden saber en todo momento a qué atenerse, pueden programar sus actos acomodándolos en todo momento a la normativa en vigor, lográndose la seguridad jurídica que proclama el Art. 9.3 CE. Ciertamente que la Jurisprudencia “complementará” al ordenamiento jurídico mediante decisiones que muchas veces tienen más importancia de la ley misma, y ello sin los controles parlamentarios y sociales de las leyes, y sin su mecanismo de publicidad, pero a cambio el Art. 1.6 Cc le impone otro tipo de control preventivo al exigirle que sea “reiterada”, con lo que hasta que se produce esa reiteración se van conociendo los nuevos criterios jurisprudenciales por los que tienen que cumplirlos y aplicarlos, e incluso el mismo legislador puede instar un cambio legislativo para adaptar la ley a la nueva jurisprudencia, o para impedir que ésta se consolide. No hay que olvidar que esta STS 3/6/16 juzga un caso muy concreto de una cláusula de un préstamo hipotecario de un particular que ha recurrido, y al que el TS (no así la Audiencia de Madrid) acoge sus argumentos tras un período probatorio en el que se ha demostrado su carácter de consumidor, con lo que su extensión con carácter general a otros supuestos es más que problemática. Desde este punto de vista mucho se ha discutido doctrinalmente aquellos casos en los que el TS adopta funciones “cuasi legislativas” y con la excusa de interpretar una norma clara, finalmente la deja sin efecto alguno, y la STS 3/6/16 podría seguramente entrar en esta apartado pues “de hecho” supone la derogación del Art. 114 LH. Pero el problema es que la calificación va mucho más allá que la Sentencia pues pretende que se aplique con carácter retroactivo, sin publicación en Diario Oficial y sin “vacatio legis”, a Escrituras que como la calificada se otorgaron cuando esa “norma jurisprudencial” no se podía conocer porque sencillamente no existía. Y no sólo eso, sino que la calificación pretende que todo lo anterior se haga entendiendo derogado el Art. 1.6 Cc que exige que la Jurisprudencia sea “reiterada”. La calificación pretende que el Art. 1.6 Cc está derogado no por al menos “dos sentencias uniformes” del TS, ni tan siquiera por “una única sentencia” del TS; no, la calificación lo que pretende es que esa derogación se haya producido por un simple “acuerdo” del TS de 30/12/11 que además se dictó con otra finalidad completamente distinta y muy concreta, cuál era la de facilitar el acceso al recurso de casación. En definitiva, son más que discutible las “funciones cuasi legislativas” del TS al derogar el Art. 114 LH, pero lo que es inaceptable que en tema de tanta gravedad además se pretenda que para ello sea suficiente una única STS sin esperar a una eventual reiteración, y con aplicación retroactiva de doctrina jurisprudencial. Los principios constitucionales de seguridad jurídica y de irretroactividad impiden una calificación como la recurrida que pretende hacer pasar como “jurisprudencia” lo que no lo es, y que además provocaría unos problemas prácticamente irresolubles sobre la devolución de honorarios registrales e impuestos pagados sobre

intereses de demora inexistentes. 2.–Por otro lado la calificación debería de aplicar, como mínimo, la normativa existente en el momento del asiento de presentación y no la aparecida después. Lo lógico es que la calificación se atuviera a la normativa que pudieron tener los otorgantes y Notario presente en el momento de la Escritura pues lo contrario sería darle un efecto retroactivo a la Jurisprudencia que no hubiera tenido ni una ley. Pero por no entrar en la discusión sobre la existencia o no de los “actos puramente registrales”, en el presente caso coincide el día del otorgamiento con el día de la presentación al registro, y la calificación debería de practicarse con arreglo a la normativa que existía, como mínimo, en ese momento pues no otra cosa cabe a la vista del Art. 24 LH: “Se considera como fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir, la fecha del asiento de presentación que deberá constar en la inscripción misma”. La misma DGRN ha fijado el momento de presentación en el registro para determinar los requisitos de las inscripciones; así lo dice la Res 21/3/13 “En definitiva, el principio de irretroactividad impera respecto de la legislación y la jurisprudencia, pero no respecto de la doctrina que las interpreta, y si bien las exigencias de los textos legales vigentes lo deben ser al tiempo del otorgamiento de la escritura, y la calificación del registrador debe basarse en apreciar que el notario ha exigido los controles administrativos vigentes en el momento de la autorización, para los actos puramente registrales, lo será respecto de los requisitos y autorizaciones exigibles en el momento de la presentación en el Registro “. Solicita Primero.–Se admita el presente escrito teniendo por interpuesto recurso frente a la calificación dicha, procediendo, previos los trámites legalmente previstos, a dictar Resolución que la revoque ordenando la inscripción del documento (...).».

IV

El registrador emitió informe el día 2 de agosto de 2016, en el cual solicitó la inadmisión del recurso por extemporáneo, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 19 bis, 248, 322, 325 y 326 de la Ley Hipotecaria; 5 del Código Civil; 48 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; 30 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; la Sentencia del Tribunal Constitucional número 209/2013, de 16 de diciembre; la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2011; la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 19 de diciembre de 2007, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de noviembre de 1985, 6 de octubre de 2004, 18 de enero, 14 de febrero, 15 y 21 de abril, 22 de julio y 30 de diciembre de 2005, 12 de enero, 10 de julio y 9 de diciembre de 2006, 14 de marzo de 2007, 10 de enero, 19 de junio y 29 de septiembre de 2008, 22 de marzo y 12 de noviembre de 2011, 24 de mayo y 19 de abril de 2013, 13 de marzo y 23 de abril de 2014 y 29 de mayo y 22 de julio de 2015.

1. El artículo 326 de la Ley Hipotecaria determina que el plazo para la interposición de recurso es de un mes computado desde la fecha de la notificación de la calificación. El apartado último del mismo artículo determina que «el cómputo de los plazos a los que se refiere el presente capítulo se hará de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

Por su parte, el artículo 48.2 de la Ley 30/1992 establece que «si el plazo se fija en meses o años, estos se computarán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación (...) del acto de que se trate (...) Si en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente a aquel en que comienza el cómputo, se entenderá que el plazo expira el último día del mes».

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

Por lo que, dado que el recurso, se interpuso mediante escrito, de fecha 23 de julio de 2016, remitido por correo certificado el mismo día, que tuvo su entrada en el Registro de la Propiedad el día 27 de julio de 2016, no cabe sino declarar su extemporaneidad y proceder a su inadmisión, toda vez que el transcurso de los plazos legales para recurrir determina que el acto impugnado alcance firmeza, produciendo desde entonces los efectos que le son propios.

Una calificación registral no recurrida en plazo deviene firme y salvo que se subsanen los defectos que en ella se hubiera puesto de manifiesto, de ser subsanables, dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación prorrogado por la calificación notificada, caducará el asiento de presentación con la consiguiente pérdida de la prioridad.

No obstante, cabe recordar que, según la doctrina reiterada de esta Dirección General (cfr. Resoluciones de 21 de abril y 22 de julio de 2005, 10 de julio y 9 de diciembre de 2006, 14 de marzo de 2007, 10 de enero y 29 de septiembre de 2008 y otras muchas más recientes), una vez caducado el asiento de presentación, esa firmeza no es obstáculo para que presentado de nuevo el título deba ser objeto de otra calificación, que puede ser idéntica o diferir de la anterior, y frente a la que cabe interponer recurso dentro de los plazos legales.

3. En cuanto a la alegación por el recurrente de no haber recibido notificación de la calificación y las noticias que tiene de la misma son sólo por referencias de terceros, dejando constancia de que jamás ha dado autorización para que la notificación deje de hacerse de manera ordinaria de correo con acuse de recibo, debe ser rechazada porque el registrador ha dejado demostrado en su informe, mediante listado de su programa electrónico de gestión, que la notificación tuvo lugar por vía telemática el día 21 de junio de 2016 a las 11:01:17 horas.

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

4. Por último, por el notario recurrente se solicitó calificación sustitutoria (fuera del plazo de la misma) un día antes –el 22 de julio de 2016– del día en que interpuso el recurso ante este Centro Directivo.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado la inadmisión del recurso en los términos 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, 20 de octubre de 2016.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.