

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

9827 *Resolución de 19 de julio de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Granada n.º 2, por la que se suspende la inscripción de una escritura pública de préstamo hipotecario.*

En el recurso interpuesto por don José Ignacio Suárez Pinilla, notario de Armilla, contra la nota de calificación extendida por el registrador de la Propiedad de Granada número 2, don Juan Lucas García Aponte, por la que se suspende la inscripción de una escritura pública de préstamo hipotecario.

Hechos

I

Por don José Ignacio Suárez Pinilla, notario de Armilla, se autorizó escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria en la que compareció, por un lado, el representante de la entidad de crédito y, por otro, cuatro personas que intervinieron en su propio nombre y derecho como parte prestataria e hipotecante. En su cláusula decimotercera, consta lo siguiente: «(...) Igualmente, los comparecientes, según concurren representados, facultan y apoderan a la entidad para que, por medio de sus apoderados con facultades bastantes para aceptar hipotecas, obtenga y otorgue cuantos documentos públicos o privados de subsanación, aclaración, integración o rectificación de la presente sean necesarios para su inscripción en el Registro de la Propiedad, todo ello con dispensa expresa de cualquier prohibición de auto-contrato y con la facultad de reiterar cuantas veces sean necesarias las facultades que aquí se confieren y de acuerdo con cualquier calificación registral, en cualquier forma de constancia admisible registralmente para el Registrador de la Propiedad correspondiente, y ello, sin limitación alguna (...)». A continuación de la escritura, consta una diligencia en la que comparece ante el notario el representante de la entidad prestamista, en la misma intervención que en la escritura y, además, en representación de la parte prestataria e hipotecante en virtud del poder contenido en la cláusula parcialmente transcrita. El notario emite juicio de suficiencia haciendo constar que, ante la calificación negativa a la cláusula de intereses de demora y su cobertura hipotecaria, se subsana modificando la redacción de las cláusulas séptima y novena en la parte necesaria.

II

Presentada la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Granada número 2, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Hechos Presentada el día veintiséis de Enero de dos mil diecisiete, bajo el asiento número 15 del Diario 64, retirada por su presentante y reintegrada en unión de diligencia de subsanación del Notario autorizante de la que se califica, de fecha veinticuatro de marzo de dos mil diecisiete para su calificación e inscripción, la escritura referida en el encabezamiento, por la que siendo don R. A. C. M., como parte prestataria y doña F. M. G., y doña G. M. R. M., como parte hipotecantes no deudoras, constituyen estos últimos hipoteca a favor de Banco Mare Nostrum, S.A. sobre la siguiente finca: urbana (...) de la casa en Granada, (...) registral número 14922 de extinguido Registro dos; en garantía de: Dicha hipoteca distribuye del siguiente modo: -cuarenta y ocho mil euros para la devolución del principal del préstamo. -seis mil setecientos veinte euros, para costas y gastos y, para el caso de ejecución extrajudicial, también los honorarios Notariales y los gastos habidos por los distintos trámites seguidos en dicha ejecución.- Hasta un máximo de mil quinientos sesenta euros para intereses

ordinarios. - Tres años de intereses moratorios, calculados conforme a lo convenido en la cláusula de "Intereses de demora", si bien, a los únicos y exclusivos efectos de determinar un máximo de responsabilidad hipotecaria por intereses de demora, éstos sólo quedarán garantizados hipotecariamente hasta un máximo de catorce mil setecientos sesenta euros. -Cuatrocientos ochenta euros para prestaciones accesorias, a fin de garantizar el pago de la compensación por desistimiento y comisiones establecidas en la presente escritura que seguidamente se detallan: comisión por subrogación del deudor, comisión de recibos impagados y para los supuestos en los que no resulte de aplicación la compensación por desistimiento, la comisión por reembolso anticipado parcial y total, y la comisión por subrogación en la posición acreedora según Ley 2/94, de 30 de marzo. Que en virtud de testimonio de fecha veinticuatro de marzo del año dos mil diecisiete, que se acompaña a la que se califica, subsanan la estipulación novena, constitución de hipoteca, en el sentido de que la cantidad de responsabilidad hipotecaria para intereses de demora, que se indicaba que ésta, era la cantidad máxima de catorce mil setecientos sesenta y nueve euros, cuando debe ser la cantidad de siete mil quinientos sesenta euros, y consecuentemente debe cambiarse la cifra indicada para la total responsabilidad hipotecaria, que igualmente se reflejó la cantidad de setenta y un mil quinientos veinte euros cuanto en realidad debe ser sesenta y cuatro mil trescientos veinte euros, el que suscribe emite con esta fecha calificación negativa del documento en base a las consideraciones jurídicas que resultan de los siguientes fundamentos de derecho, Fundamentos de Derecho La diligencia de subsanación anteriormente reseñada, ha sido otorgada por Don J. D. C. A., en su doble condición de representante de la entidad acreedora y de los restantes intervinientes en la escritura de constitución de hipoteca, esto es, de los prestatarios/hipotecantes. Respecto de éstos -los prestatarios/hipotecantes, funda su representación en el poder que le confirieron en la propia escritura de constitución de hipoteca objeto de rectificación, Estipulación Decimotercera "Decimotercera.- Apoderamiento.-A fin de que en todo momento la Entidad pueda tener título ejecutivo de su crédito, queda facultada para solicitar primeras y ulteriores copias de la presente escritura, totales o parciales, consintiendo las partes que dichas copias tengan carácter ejecutivo, haciendo constar tal carácter el notario autorizante de la misma, en la nota de su expedición. Igualmente, los comparecientes, según concurren representados, facultan y apoderan a la Entidad para que, por medio de cualquiera de sus apoderados con facultades para aceptar hipotecas, obtenga y otorgue cuantos documentos públicos o privados de subsanación, aclaración, integración o rectificación de la presente sean necesarios para su inscripción en el Registro de la Propiedad, todo ello con dispensa expresa de cualquier posible prohibición de auto-contrato y con la facultad de reiterar cuantas veces sean necesarias las facultades que aquí se confieren y de acuerdo con cualquier calificación registral, en cualquier forma de constancia admisible registralmente para el Registrador de la Propiedad correspondiente, y ello, sin limitación alguna. Todos los gastos que se deriven por los conceptos citados en esta cláusula serán por cuenta del prestatario.» Dado que las rectificaciones practicadas afectan a un pacto esencial de la hipoteca, como son los intereses de demora contenidos en la cláusula Séptima y su garantía hipotecaria la cual se altera, no se considera congruente el juicio notarial sobre que son suficientes las facultades representativas del citado apoderado de la entidad acreedora para representar a las demás partes intervinientes en la escritura de constitución de hipoteca, en base al apoderamiento invocado. Dicho apoderamiento genérico sólo autoriza para "subsanción, aclaración, integración o rectificación", pero como el hecho de alterar un pacto esencial para el derecho de hipoteca afecta al negocio jurídico propiamente dicho, e independientemente de que favorezca o no a la parte representada, es preciso poder expreso para tal modificación sin que puede realizarse unilateralmente por la parte acreedora. Además de observarse un claro conflicto de intereses (que no queda salvado en el apoderamiento genérico, dispensándose sólo la autocontratación) debe considerarse dicho apoderamiento como una cláusula abusiva respecto de la parte contractual que opera como consumidora, por no especificarse el motivo concreto por el que se podrá modificar o rectificar unilateralmente ni los términos concretos de la modificación o

rectificación, quedando el apoderamiento configurado de tal manera que abarca la posibilidad para la parte contractual empresarial de cualquier alteración posible de un pacto esencial como es el de los intereses de demora sin conocimiento del deudor-consumidor. En este sentido hay que estar a lo previsto en el Artículo 85 apartado 3 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 referente a cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario dispone que son abusivas “Las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato. En los contratos referidos a servicios financieros lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el empresario se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, así como el importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquéllos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el empresario esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato sin penalización alguna”. El apoderamiento tal y como está redactado en la escritura de préstamo hipotecario no prevé las especificaciones referentes a qué modificaciones y en qué términos se pueden realizar ni cumple lo exigido en el artículo 85.3 citado. Es necesario por tanto el consentimiento expreso a la rectificación de la parte prestataria e hipotecante. Artículos 1259 y 1713 del código civil, 2 y 244 y siguientes del Código de comercio y 98 de la Ley 24/2001 de 27 de diciembre. Artículo 85 apartado 3 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. En cuanto a la calificación de cláusulas abusivas: Sentencias del tribunal de justicia de la Unión Europea de 21 de enero y 3 de septiembre de 2015 y Autos de 11 de junio de 2015 y de 17 de marzo de 2016. Artículo 3.2 de la Directiva 1993/13 de la CEE. Artículos 51.2 de la C.E. Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril y 23 de diciembre de 2015, 18 de febrero y 3 de junio de 2016. Artículos 1, 3, 84 y 85.6 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. Artículos 12, 18 y 258.2 de la Ley Hipotecaria. Artículo 1 apartados 3 y 6 del Código civil. Resoluciones de la D.G.R.N de 1 de octubre de 2010, 11 de enero de 2011, 22 de enero y 25 de septiembre de 2015, 9 de marzo y 19 de octubre de 2016 entre otras. Acuerdo Por todo lo expuesto he acordado suspender la inscripción del documento presentado en razón a los fundamentos de derecho antes expresados. En consecuencia, conforme al art. 323 de la Ley Hipotecaria, queda prorrogada la vigencia del asiento de presentación hasta un plazo de sesenta días hábiles a contar desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar la última de las notificaciones efectuadas de acuerdo con el art. 322 de la Ley Hipotecaria. Vigente el asiento de presentación el interesado o Notario autorizante del título y, en su caso, la autoridad judicial o el funcionario que lo hubiera expedido, podrán solicitar, dentro del anterior plazo de prórroga de sesenta días, la anotación preventiva de suspensión prevista en el artículo 42.9 de la Ley Hipotecaria. Contra el presente acuerdo de calificación (...) Este documento ha sido firmado con firma electrónica reconocida por Juan Lucas García Aponte registrador/a de Registro Propiedad de Granada 2 a día veintiuno de abril del año dos mil diecisiete».

III

Contra la anterior nota de calificación, don José Ignacio Suárez Pinilla, notario de Armilla, interpuso recurso el día 3 de mayo de 2017 en virtud de escrito en el que expone, resumidamente, lo siguiente: Que, como consecuencia de una anterior calificación negativa provocada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016, en relación a los intereses de demora, se llevó a cabo diligencia de subsanación, que fue presentada en el Registro de la Propiedad, en la que se llevó a cabo el juicio de suficiencia

respecto de los comparecientes; Que es reiterada la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado de que el juicio de suficiencia se lleva a cabo por el notario bajo su exclusiva responsabilidad, y que el registrador limita su calificación a la existencia y congruencia del mismo; Que la diligencia ha sido llevada a cabo como consecuencia de la doctrina del Tribunal Supremo y de la calificación negativa que la misma provocó; Que el juicio notarial es congruente, como resulta con las facultades conferidas en la propia escritura de préstamo hipotecario, y Que la exigencia de un poder expreso es contraria a las disposiciones legales que regulan el juicio de suficiencia y a la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo (Sentencia de 29 de marzo de 2011).

IV

El registrador, tras la oportuna instrucción del expediente, emitió informe el día 17 de mayo de 2017, ratificándose en su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 6, 1255, 1256, 1261 y 1288 del Código Civil; 12, 18 y 258 de la Ley Hipotecaria; 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, según redacción dada por el artículo 34 de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de Reformas para el Impulso a la Productividad; 3 y 4 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) n.º 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, 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, 18 de febrero, 12 de septiembre y 3 de octubre de 2014, 21 de enero, 30 de marzo, 28 de abril, 14 de mayo y 25 de septiembre de 2015, 20 de junio y 19 de octubre de 2016 y 24 de mayo de 2017, en materia de calificación de cláusulas abusivas, y de 4 de junio y 24 de octubre de 2012, 29 de octubre de 2013, 24 de febrero y 9 de julio de 2014, 14 de mayo, 14 de julio y 26 de noviembre de 2015 y 25 de octubre (1.ª y 2.ª) y 14 de diciembre de 2016, en materia de congruencia del juicio de suficiencia.

1. 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 una diligencia para subsanar el defecto en la que se adecuan a la doctrina derivada de la sentencia tanto la cláusula relativa a los intereses de demora como la relativa a su cobertura hipotecaria. En la diligencia comparece exclusivamente el representante de la entidad acreedora que interviene en representación de esta y de la parte prestataria e hipotecante en virtud, en este último caso, de las facultades contenidas en la propia escritura de préstamo hipotecario que se han reseñado en los hechos.

El registrador basa su calificación en que al afectar las modificaciones verificadas por el representante a elementos esenciales del contrato como son los intereses de demora y su cobertura hipotecaria, el juicio notarial de suficiencia no es congruente al estar basado en un apoderamiento genérico y existir un conflicto de intereses no salvado por una autorización igualmente genérica. Además, considera que el propio apoderamiento contenido en la escritura de préstamo hipotecario constituye una cláusula abusiva.

Esta última cuestión debe ser abordada con anterioridad a cualquier otra pues de confirmarse la calificación en este aspecto dejaría sin respaldo la actuación del representante en la rectificación del préstamo hipotecario. Aunque el recurrente no se refiere a dicha cuestión en su escrito de recurso, esta Dirección General considera imprescindible hacer un pronunciamiento al respecto.

2. Resultando indiscutido en el supuesto de hecho la condición de consumidores de la parte prestataria e hipotecante, es preciso recordar que esta Dirección General tiene elaborada una dilata doctrina sobre las cláusulas abusivas, la protección de los consumidores y el Registro de la Propiedad. Sin ánimo de repetir una doctrina que se ha ido elaborando a medida que tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como nuestro propio Tribunal Supremo iban formando la suya y que se comprende en un buen número de pronunciamientos (vid. Resoluciones citadas en los "Vistos"), sí que es preciso recordar que el punto de partida lo constituye el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE al disponer 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». 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.

Con ánimo de aclarar esta cuestión, 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 la Dirección General de los Registros y del Notariado 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.

Así ocurrió con la escritura de préstamo hipotecario que da lugar a la presente cuando, como consecuencia de la decisión de nuestro Tribunal Supremo de fijar criterio objetivo de abusividad en materia de intereses de demora, fue calificada negativamente.

La particularidad del presente caso es que, rectificada la escritura en los términos expresados, el registrador vuelve a calificar negativamente por criterio de abusividad, pero no respecto de un pacto inscribible sino respecto del poder pactado en la escritura de préstamo hipotecario, en virtud del cual se ha llevado a cabo la rectificación (y que es, por definición, no inscribible, vid. Resolución de 10 de noviembre de 2016, entre otras).

La cuestión por consiguiente se ciñe a determinar si la cláusula en cuestión, como afirma el registrador de la Propiedad, puede encuadrarse, por apreciación directa y objetiva, en alguno de los supuestos de aplicación previstos en la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios. En concreto el registrador la entiende subsumible en el supuesto contemplado en el artículo 85.3 a cuyo tenor tienen la condición de abusivas: «3. Las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato».

Esta Dirección General no puede compartir el criterio del registrador pues el poder otorgado en su día, en los términos en que está redactado, no autoriza una actuación unilateral del prestamista; bien al contrario, implica una actuación bilateral en la que un solo otorgante actúa por cuenta de las dos partes contractuales, circunstancias que en sí misma no plantea problema alguno de aceptación conceptual como desde antaño reconoció la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la propia de esta Dirección General (vid. Resoluciones de fecha 21 de mayo de 1993 y 17 de noviembre de 2000).

Téngase en cuenta que lo proscrito es la cláusula de autorización al predisponente para actuar unilateralmente, bien para determinar el alcance del contrato (interpretación), bien para modificarlo; en ambos casos, sin consentimiento de la contraparte. Por el contrario, el poder a que se refiere la nota de calificación autoriza al apoderado (el predisponente), para llevar a cabo en nombre de los representados (los consumidores), un conjunto de actos que están delimitados y debidamente causalizados (la inscripción en el Registro de la Propiedad), de donde resulta que en sí misma dicha cláusula no puede encuadrarse de manera directa y objetiva en el supuesto a que se refiere el citado artículo 85.3 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios que exige una actuación indiscriminada y unilateral de aquél (vid. la redacción completa del precepto).

Es cierto que una cláusula como la analizada (frecuente en los préstamos hipotecarios), puede encubrir una situación de abusividad por implicar, de facto, una actuación encuadrable en los supuestos previstos de abusividad, pero la apreciación del conjunto de circunstancias que permita así afirmarlo escapa de la calificación del registrador y precisaría, como quedó expuesto más arriba, de la declaración judicial de nulidad.

En definitiva, no cabe sostener la afirmación relativa al carácter abusivo de la cláusula de apoderamiento lo que permite el análisis de la cuestión siguiente que es la concerniente a la suficiencia de las facultades y a la congruencia del juicio que al respecto lleva a cabo el notario autorizante.

3. Admitida la validez del negocio accesorio de apoderamiento, desde la óptica de la abusividad y la protección del consumidor, resta por analizar si el juicio notarial de suficiencia es congruente con su contenido o si, por el contrario, la generalidad de sus términos lo hace imposible. El registrador de la Propiedad basa su calificación por un lado en la generalidad de las facultades atribuidas, que impide el pacto sobre una cláusula esencial del contrato, como por la existencia de conflicto de intereses. El notario recurrente disiente por entender que ambas circunstancias están perfectamente salvadas en la cláusula de apoderamiento.

4. De la interpretación del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de la doctrina que sobre el mismo tiene emitida el Tribunal Supremo (Sentencia de 23 de septiembre de 2011) y de la doctrina expresada por esta Dirección General en numerosas Resoluciones (vid. «Vistos»), cabe extraer un criterio ya asentado y pacífico respecto del alcance de la calificación registral del juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas de los otorgantes.

Conforme a ese criterio, para entender válidamente cumplidos los requisitos contemplados en el mencionado artículo 98 en los instrumentos públicos otorgados por

representantes o apoderado, el notario deberá emitir con carácter obligatorio un juicio acerca de la suficiencia de las facultades acreditadas para formalizar el acto o negocio jurídico pretendido o en relación con aquellas facultades que se pretendan ejercitar. Las facultades representativas deberán acreditarse al notario mediante exhibición del documento auténtico. Asimismo, el notario deberá hacer constar en el título que autoriza, no sólo que se ha llevado a cabo el preceptivo juicio de suficiencia de las facultades representativas, congruente con el contenido del título mismo, sino que se le han acreditado dichas facultades mediante la exhibición de documentación auténtica y la expresión de los datos identificativos del documento del que nace la representación.

De acuerdo a la misma doctrina citada, el registrador deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título. Dicho de otro modo, deberá calificar que se ha practicado la reseña de modo adecuado y que se ha incorporado un juicio de suficiencia de las facultades del representante, siendo el contenido de éste congruente con el acto o negocio jurídico documentado.

En definitiva, el notario debe emitir su juicio relativo a la suficiencia de las facultades representativas para el acto concreto que autoriza, bien especificando cuál sea éste o bien incluyendo otra reseña, siquiera mínima, de facultades. El registrador, por su parte, calificará la concurrencia de los dos requisitos y también la congruencia de ese juicio notarial con el acto o negocio jurídico documentado. Por ello, el registrador debe suspender la inscripción por falta de congruencia del juicio notarial acerca de las facultades representativas del apoderado o representante si el notario utiliza expresiones genéricas, ambiguas o imprecisas, como cuando usa fórmulas de estilo que -a falta de reseña, siquiera somera, de las facultades acreditadas- se circunscriben a afirmar que la representación es suficiente «para el acto o negocio documentado», en vez de referirse de forma concreta y expresa al tipo de acto o negocio que en la escritura se formaliza (cfr., entre otras muchas, la Resolución de 14 de julio de 2015).

El criterio seguido por este Centro Directivo se adapta plenamente a la doctrina del Tribunal Supremo que resulta de las Sentencias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de mayo de 2008, y Sala de lo Civil, de 23 de septiembre de 2011 (cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de diciembre de 2015 que revoca la Resolución de 4 de junio de 2012). Expresamente se rechaza la posibilidad de que el juicio de suficiencia se realice de forma genérica, debiendo hacerse de manera concreta en relación con un específico negocio jurídico, si bien puede hacerse dicha especificación al hacer la reseña de las facultades representativas (de acuerdo con la interpretación dada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de mayo de 2008), o bien al emitirse el juicio de suficiencia, como se deduce de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de septiembre de 2011.

Concretando aún más, la doctrina de esta Dirección (vid. Resoluciones de 25 de octubre de 2016), entiende que hay falta de congruencia si el citado juicio notarial es erróneo, bien por resultar así de la existencia de alguna norma que exija algún requisito añadido como, por ejemplo, un poder expreso y concreto en cuanto a su objeto, bien por inferirse el error de los datos contenidos en la misma escritura que se califica, u obrantes en el propio Registro de la Propiedad o en otros registros públicos que el notario y el registrador de la Propiedad pueden consultar.

Este carácter erróneo debe inferirse con claridad de tales datos, sin que pueda prevalecer una interpretación de los mismos realizada por el registrador que difiera de la que haya realizado el notario en el ejercicio de la competencia que a tal efecto le atribuye la ley y sin perjuicio de la responsabilidad que, en su caso, pudiera deducirse contra él por una negligente valoración de la suficiencia (vid., por todas, las Resoluciones de 11 de diciembre de 2015 y 25 de octubre de 2016).

5. Expuesto el marco conceptual en que hemos de movernos, el primer reproche que hace la nota de defectos del registrador a la congruencia del juicio de suficiencia se refiere a la existencia de un conflicto de intereses entre el apoderado y los poderdantes que, a su juicio, no está salvado por la dispensa de autocontratación. Ciertamente, esta Dirección General ha afirmado en numerosas ocasiones la necesidad de ponderar adecuadamente las circunstancias de la actuación representativa cuando concurra en la persona del representante una situación de conflicto de intereses (vid. entre las más recientes, Resoluciones de 28 de junio de 2013, 29 de junio de 2016 y 9 de marzo de 2017).

En el supuesto que da lugar a la presente los poderdantes, como una cláusula más del contrato de préstamo hipotecario y ante la eventualidad de que no se logre su inscripción en el Registro de la Propiedad, otorgan poder a la otra parte contratante para que, ejercidas por este las facultades conferidas referidas al propio contrato, se obtenga la inscripción. Es de esencia a la situación descrita la existencia de conflicto en cuanto el apoderado es la contraparte contractual, pese a lo cual se autoriza expresamente la autocontratación.

De aquí que la calificación no pueda ser sostenida por este Centro Directivo al resultar de la propia escritura de préstamo aportada la dispensa otorgada por los poderdantes, dispensa que se produce en el ámbito del contrato y precisamente a favor de la otra parte contratante lo que excluye cualquier interpretación restrictiva de su amplitud. La integración en la causa del poder de la situación de conflicto no permite otra conclusión. En definitiva, como resulta del texto transcrito, la autorización a la otra parte contratante no puede tener otra lectura que la de salvar el inmanente conflicto de intereses que, por definición, existe cuando se otorga el poder a favor de la contraparte para actuar en el ámbito del propio contrato, lo que excluye una interpretación reductora o basada en la distinción entre conflicto de intereses y autocontratación.

6. Resta por analizar el segundo reproche que la calificación hace al juicio de congruencia pues según el registrador, al referirse la actuación representativa a un elemento esencial del contrato, el pacto de intereses de demora y a su cobertura hipotecaria, resulta patente la insuficiencia de las facultades conferidas, al ser preciso un consentimiento expreso que cubra aquella actuación.

En relación con la cláusula de intereses moratorios, este Centro Directivo ha puesto de relieve (vid. la Resolución de 19 de octubre de 2016) que la declaración de abusividad de una cláusula supone que se tenga por no puesta, con mantenimiento del contrato en los demás extremos si fuera posible su subsistencia sin la misma -artículos 6.1 de la Directiva 13/93/CEE y 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios-, e imposibilidad de moderación o integración registral o judicial de la estipulación. Precisamente porque la denegación registral de una estipulación abusiva supone la eliminación formal de la misma, 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. Por ello, rechaza la posibilidad de que se hubiera procedido a practicar la inscripción de la hipoteca excluyendo la cláusula relativa a los intereses moratorios si no se presta ese nuevo consentimiento.

Lo que ocurre es que, en el presente caso mediante el poder referido (que, como se ha expuesto anteriormente, comporta una actuación bilateral en la que un solo otorgante actúa por cuenta de las dos partes contractuales) se presta ese nuevo consentimiento respecto de la cláusula debatida, en unos términos que no hacen sino acomodar el contrato -en ese elemento concreto- a la Ley y a su interpretación jurisprudencial (vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016). En el poder otorgado se conceden amplias facultades, no sólo de rectificación, sino también de integración por parte del apoderado, con expresa dispensa de cualquier posible prohibición de autocontrato, y el nuevo consentimiento autorizado se limita única y exclusivamente a aceptar un criterio marcado por el Tribunal Supremo en la determinación del interés de demora.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada.

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