

## INFORME SOBRE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 3 DE JUNIO DE 2016 RELATIVA AL TIPO MÁXIMO DE INTERÉS MORATORIO EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016, continuadora de las de 23 de diciembre de 2012 y 18 de febrero de 2016 que ya han sido objeto de dos informes por parte de esta Comisión, ha procedido a precisar u objetivar los límites del interés moratorio para que no sea considerado abusivo. Este informe pretende sintetizar esa doctrina, que se antoja ya definitiva, y proponer unas pautas para su aplicación en el ámbito del Registro de la Propiedad.

### 1.- CONTENIDO DE LA SENTENCIA.

1.1.- Doctrina precedente. Procede en primer lugar la sentencia a resumir cuál ha sido su doctrina precedente, en materia de préstamos hipotecarios, acerca de la aplicación de la normativa de protección de consumidores a los intereses moratorios de los préstamos hipotecarios. Doctrina que se pueda sintetizar en los siguientes puntos:

a) De acuerdo con la doctrina contenida en la STJUE de 3 de septiembre de 2015 (asunto C-110/14), para decidir si un contrato está sujeto a la normativa de consumidores, lo relevante es el destino de la operación y no las condiciones subjetivas del contratante<sup>1</sup>.

b) Conforme a lo previsto en el art. 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE, *«se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión»*. Y hemos venido entendiendo, en sentencias 241/2013, de 9 de mayo , 222/2015, de 29 abril , y 265/2015, de 22 de abril , que hay *«imposición»* de una cláusula contractual, a efectos de ser considerada como condición general de la contratación, cuando la incorporación de la cláusula al contrato se ha producido por obra exclusivamente del profesional o empresario. La imposición supone simplemente que la cláusula predispuesta por una de las

---

<sup>1</sup> Informe de la CCD 4/2016 de 3 de febrero: “En lo que respecta al ámbito de los préstamos hipotecarios, las normas contenidas en la LGDCU serán aplicables a los préstamos y créditos hipotecarios otorgados por entidades de crédito o profesionales en que el prestatario sea una persona física o jurídica que tenga la condición de consumidor, cualquiera que sea el tipo del inmueble hipotecado y el carácter de su propietario, siempre que el destino de la operación sea de consumo, es decir, ajeno, en su caso, a su actividad empresarial o profesional”.

partes no ha sido negociada individualmente, como es el caso en que no consta acreditada la negociación.

Para que se considere que las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores en estos sectores de la contratación no tienen el carácter de condiciones generales, o de cláusulas no negociadas, y se excluya el control de abusividad, *«es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que le llevaron a negociarla individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y acorde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario»* (sentencia 265/2015, de 22 de abril)<sup>2</sup>.

c) Control de contenido de la cláusula de intereses moratorios. En la sentencia 265/2015, de 22 de abril (referida a los préstamos personales), se razonaba que la cláusula de intereses de demora es susceptible de control de contenido de abusividad porque no define el objeto principal del contrato ni la adecuación entre el precio y la prestación, sino que regula un elemento accesorio como es la indemnización a abonar por el prestatario en caso de retraso en el pago de las cuotas.

d) La cláusula de intereses moratorios será abusiva cuando sea desproporcionadamente alta en perjuicio del deudor, de tal forma que lo determinante, para saber en cada caso si es abusiva, es *«el examen de esa proporcionalidad entre el incumplimiento del consumidor y la indemnización asociada al incumplimiento»*<sup>3</sup>.

e) Se excluye la aplicación como límite objetivo del recogido en el art. 1108 CC que establece, para el caso en que no exista pacto entre las partes, un interés legal de demora equivalente al interés legal del dinero. No se explican las razones de su no aplicación, que sería el 3%, aunque habría que buscarlas en que es algo inferior al elegido ya que aquí no se sumaría al interés ordinario pactado y sólo se cobraría el interés legal.

f) Se excluye la aplicación como límite objetivo de forma específica para los préstamos o créditos hipotecarios destinados a la adquisición de una vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la propia vivienda, el recogido en el art. 114-3 LH de “tres veces el interés legal del

---

<sup>2</sup> A estos efectos la DGRN tiene declarado que el registrador debe presumir que el destino del préstamo es el de consumo salvo manifestación expresa del prestatario en sentido contrario o que así se deduzca del contrato de préstamo (ej. préstamo ICO), sin que el registrador pueda exigir acreditación alguna de dicho destino profesional o empresarial.

<sup>3</sup> Para llevar a cabo este examen la STJUE de 14 marzo 2013 (asunto C-415/11 caso Mohamed Aziz, párrafos 68 y 74) establece la pautas, las cuales no se reproducen porque tal examen, que exige ponderación de las circunstancias particulares de cada caso, queda el margen de la calificación registral (ver ámbito calificación registral en el Informe de la CCD de 4/2016).

dinero no capitalizable” porque, conforme a la doctrina establecida por los autos del TJUE de 11 de junio de 2015 (asunto BBVA) y de 17 de marzo de 2016 (C-613/15, caso Ibercaja), el límite cuantitativo fijado por el vigente art. 114-3 de la Ley Hipotecaria no puede ser la única referencia para la determinación del límite al interés moratorio convencional en los préstamos hipotecarios, puesto que el juez nacional tiene que acudir para apreciar la abusividad a todos los criterios de comparación del tipo pactado con las normas nacionales aplicables en defecto de acuerdo, o bien la consideración sobre si el profesional podía razonablemente estimar que el consumidor hubiera aceptado esa cláusula en una negociación individual, entre otras posibles.

Añade el TS que el límite cuantitativo del art. 114-3 de la Ley Hipotecaria no tiene como función servir de pauta al control judicial de las cláusulas abusivas, sino fijar criterio para un control previo del contenido de la cláusula, en vía notarial y registral, de modo que las condiciones generales que excedan de dicho límite, ni siquiera tengan acceso al documento contractual, ni en su caso resulten inscritas. Tampoco puede servir como derecho supletorio tras la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios conforme a la normativa sobre protección de consumidores

g) Efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios. Respecto de los préstamos hipotecarios debe mantenerse el mismo criterio establecido en la mencionada sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales, de manera que la nulidad afectará al exceso respecto del interés remuneratorio pactado.

h) En las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero, no establecimos ningún criterio objetivo<sup>4</sup>, similar al que sí introdujimos en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, sobre cuándo puede considerarse abusivo el interés pactado: «será abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal». La declaración de abusividad se dejaba al criterio del cada juez que debía apreciarla según los parámetros que se exponían en la sentencia.

El TS, para los préstamos personales, a vista de los distintos intereses moratorios recogidos en la legislación española en defecto de pacto, consideró que el profesional o empresario no podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría en el marco de una negociación individual una cláusula de interés de demora en un préstamo personal que supusiera un incremento considerable del interés remuneratorio; entendiendo que el incremento de dos puntos porcentuales previsto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la fijación del interés de mora procesal es el criterio legal más idóneo para fijar

---

<sup>4</sup> Contextualmente con el supuesto objeto de la casación se debía entender el 19% como objetivamente abusivo, como así han manifestado varios magistrados en distintas jornadas.

cuál es el interés de demora en los préstamos personales concertados con consumidores.

1.2.- Fallo. 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.

## 2.- CONSECUENCIAS REGISTRALES.

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 1ª”, 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 1ª 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....”*

Para el estudio de sus consecuencias registrales distinguiremos tres aspectos: a) contenido concreto de aplicación registral del fallo de la sentencia; b) ámbito temporal de aplicación; c) Su posible repercusión respecto de los testimonios de las adjudicaciones ejecutivas de las fincas hipotecadas. Es posible que la urgencia de este informe haga que se olvide algún aspecto, el cual en todo caso se puede abordar posteriormente a través de notas complementarias.

2.1.- Contenido concreto de aplicación registral del fallo de la sentencia. Se puede sintetizar en los siguientes puntos:

a) El límite máximo de intereses moratorios, sea cual sea el destino o finalidad del préstamo hipotecario, siempre que sea aplicable la normativa sobre protección de consumidores y no se acredite que ha existido negociación sobre este tipo de interés, será “el interés ordinario pactado incrementado en dos puntos porcentuales”, por lo que deberá denegarse cualquier otro tipo de interés moratorio que de una u otra manera sea superior.

Para la determinación concreta del tipo de interés moratorio se considera que debe exigirse la fórmula concreta de la indexación “x puntos porcentuales (con el máximo de 2) por encima del ordinario pactado”, salvo que éste sea fijo en que se podrá precisarse numéricamente; ya que cualquier otra puede alterar el equilibrio buscado por el TS sobre todo para la aplicación de su doctrina sobre los efectos de la declaración de nulidad de los intereses moratorios.

Es posible un pacto de limitación al alza (techo) de los intereses moratorios tanto a efectos obligaciones como hipotecarios (en este caso obligatorio), dado que serán siempre intereses variables (cuando lo sean los

ordinarios), y ello de acuerdo con la doctrina vigente sobre la materia, límite que podrá ser elevado, ya que las circunstancias del mercado pueden hacer que el interés ordinario pactado (tipo de referencia más diferencial) se incremente considerablemente.

No obstante la remisión que el TS hace al art. 576 de la LEC no se considera válido el pacto que referencie los intereses moratorios a “ X puntos porcentuales por encima del interés legal del dinero”, ya que durante la vida del préstamo puede llegar a superar (de hecho hoy lo hace con carácter general) al límite fijado por el TS.

En cuanto a la operativa registral (forma de actuar y cláusulas a denegar) en los casos de vulneración de la norma, nos remitimos a lo que se expondrá al tratar del ámbito temporal de aplicación de la sentencia, ya que previsiblemente será raro que en el futuro se vulnere este límite legal.

b) En cuanto al límite de tres veces el interés legal del dinero del art. 114-3 de la LH, cuando sea aplicable la normativa de consumidores, aunque se cumplan el resto de los presupuestos para su aplicación, deja de constituir el límite normal legal que pasará a ser el hoy más reducido recogido en el punto anterior.

No obstante, lo cual no se considera derogado, sino que seguirá operando como límite máximo que no podrá superar el “interés moratorio igual al interés ordinario más dos puntos”. Dicho en otras palabras, cuando el préstamo lo conceda un banco u otro profesional y se destine a la adquisición de la vivienda habitual del prestatario que sea la que se hipoteca, la cláusula de intereses moratorios debería ser del siguiente tenor (o similar): “Se pactan unos intereses moratorios equivalentes al interés ordinario pactado incrementado en dos puntos que no podrá superara en ningún caso el triple del interés legal del dinero vigente en el momento del devengo. En este supuesto también se podría admitir combinado un segundo límite máximo fijo de interés moratorio.

En cuanto a la interpretación de la expresión de la sentencia de que “*el art. 114-3 LH operará, dentro de los supuestos previstos en el propio precepto, para aquellos supuestos distintos a la contratación con consumidores bajo condiciones generales*”, dado que la adquisición de la vivienda habitual por regla tendrá un carácter de consumo<sup>5</sup>, únicamente se puede referir al supuesto en que el prestamista-acreedor no sea un profesional de la concesión de préstamos’, supuesto en que sólo operaría este límite y no el recogido en la sentencia.

---

<sup>5</sup> Incluso en aquellos casos que el piso o chalet se adquieran también para un fin profesional, como pudiera ser para constituir también el despacho profesional o la consulta del prestatario. De hecho en el supuesto de la STS de 3 de junio de 2016 que sirve de base a este informe, existe una finalidad mixta (vivienda habitual en la constitución de la hipoteca y empresarial sin determinar en la ampliación), a pesar de lo cual el Alto Tribunal aplica motivadamente la normativa de consumidores.



c) El hecho que cuando la indemnización (interés moratorio) es desproporcionada, como dice el TS, se anula y suprime completamente y que la misma constituye íntegramente los intereses moratorios (no hay moderación de los mismos), pero que esta circunstancia no supone suprimir el devengo del interés ordinarios, que seguirán retribuyendo que el prestatario disponga del dinero durante el período de mora, plantea un complicado problema (sobre todo a efectos de las imputaciones en las ejecuciones de hipoteca ya inscritas y de inscripción parcial de la hipoteca), cuya solución, sin perjuicio de un estudio más reposado y profundo, es necesario abordar.

Así, dado que el interés moratorio abusivo es nulo *ope legis* (sin necesidad de declaración judicial específica: STS 13 de septiembre de 2013) y la cláusula referente al mismo debe tenerse por no puesta (art. 83 LGDCU), el defecto desde la perspectiva registral sería insubsanable y, por tanto, al constituir una sanción al acreedor, en principio, debería denegarse la responsabilidad hipotecaria por intereses moratorios ya que, como regla, no puede existir una hipoteca sin obligación a la que asegurar (sobre esta cuestión se incidirá más tarde). Pero lo cierto es que a la luz de la doctrina del TS y tal como está concebida en la actualidad esa responsabilidad hipotecaria, la misma englobaría tanto los intereses realmente suprimidos (lo que exceda del interés ordinario o de su tope) como el interés ordinario puro subsistente (p.e. 3 puntos fijos o hasta el tope fijado). Las cuestiones concretas que ello plantea son:

1.- Esa denegación de la responsabilidad hipotecaria por intereses moratorios ¿comprendería de oficio la totalidad de la responsabilidad hipotecaria por intereses moratorios?, o ¿sería posible reducirla hasta dejarla como si fueran intereses ordinarios pero devengados durante el período de mora?, en cuyo caso parece necesario el consentimiento de las partes (arts. 19 bis y 322 LH). Esta segunda solución supondría mantener lo que se podría denominar “responsabilidad hipotecaria por intereses durante el período de mora” (no de intereses moratorios), pero independiente de la de los intereses ordinarios, es decir que se podrían garantizar 5 años por cada concepto.

2.- En caso de no admitirse esa posibilidad (intereses ordinarios durante el período de mora), ¿sería posible mantener, también con el consentimiento de los interesados, la responsabilidad hipotecaria pero referida ahora a los intereses ordinarios sin más y siempre que la suma de ambas cifras no supere los cinco años del artículo 114 de la LH?<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Ejemplo: Cuando la responsabilidad hipotecaria por intereses ordinarios pactados cubre 12 meses y la de los intereses moratorios cubre 24 meses, podría mantenerse esta segunda responsabilidad referida a los intereses ordinarios con la debida adaptación del tipo máximo y/o de la cifra global. El Banco no tiene derecho ni disposición sobre la cláusula de intereses moratorios sin consentimiento del deudor, pero parece que sí lo tendría a adaptar la responsabilidad hipotecaria respecto de los intereses ordinarios que se devenguen en el período de mora.

Sin perjuicio de un estudio más profundo se propone esta tercera solución como la que concilia mejor la normativa hipotecaria sobre responsabilidad hipotecaria por intereses, el principio de determinación registral y la doctrina del TS sobre las reales consecuencias de la declaración de abusividad de los intereses moratorios pactados.

## 2.2.- Ámbito temporal de aplicación de la Sentencia.

Parece evidente entender que tras la STS el carácter abusivo de los intereses moratorios podrá ser invocado por los prestatarios, sobre la base del contenido de la sentencia, no sólo respecto de los préstamos o créditos autorizados con posterioridad a su fecha o a la de su publicación, sino respecto de préstamos o créditos anteriores a tales fechas; lo que plantea la cuestión temporal de qué postura o calificación adoptar respecto de las escrituras de hipoteca ya otorgadas pero pendiente de despacho (presentadas o por presentar). Tres son las posibles soluciones:

a) Aplicar criterios de derecho transitorio y, en consecuencia, despachar tales escrituras de hipoteca (las otorgadas antes del 10 de junio de 2016) sin tener en cuenta la sentencia, conforme a la interpretación anterior sobre la materia que cada uno tuviera.

Indudablemente es la solución más cómoda y que aparentemente menos problemas prácticos plantea, pero no parece que esta solución sea aconsejable, ya que las sentencias no es que tengan eficacia retroactiva en sentido propio, sino que lo que hacen es interpretar normas cuyo sentido fijan y ese sentido pasa a ser el que les corresponde desde que se promulgaron. Esta eficacia de la jurisprudencia, como ya se ha indicado, posibilitará que prospere judicialmente la invocación por el deudor del carácter abusivo de la cláusula respecto de préstamos o créditos anteriores a la fecha de la STS; por lo que la inaplicación registral de la misma supondría una vulneración del principio, de orden público comunitario, de efectividad de la normativa de protección de los consumidores.

b) Denegar por abusiva la inscripción de la cláusula que fije intereses de demora a un tipo superior a dos puntos el remuneratorio (en casi todas las hipotecas presentadas), con denegación consecuente y de oficio, de la inscripción de la total responsabilidad hipotecaria que asegura su pago.

Como argumentos en favor de esta postura se pueden indicar los siguientes:

1) una cláusula nula por abusiva, como ya se ha explicado, debe tenerse por no puesta y no puede ser objeto de integración ni siquiera por el juez, y la responsabilidad hipotecaria por intereses moratorios es accesoria de tal cláusula ya que, como regla, no puede existir una hipoteca sin obligación a la que asegurar (arts. 1876 CC y 104 LH).

2) los contratos de préstamo, *a priori*, pese a su carácter oneroso, propio del mercado actual, pueden seguir siendo válidos en los mismos



términos pactados, pero en este caso sin devengar interés alguno de carácter moratorio, es decir, porque puede subsistir sin dicha cláusula (art. 83 LGDCU), la cual además tiene carácter accesorio.

3) La consecuencia anterior, en términos de abusividad y normativa de protección de consumidores, se impone coactivamente al predisponente (banco) aunque no hubiese querido contratar sin la cláusula abusiva; lo que *a priori* haría innecesario su consentimiento a efectos de lo que tratamos.

4) No es extraño a la práctica registral el hecho de que no siendo inscribible la garantía por intereses, ello no impide la inscripción de la hipoteca en cuanto al principal y a las costas (por todas las resoluciones de 20-9-2000, 27-2-2001 o 22-6-2001). En esos supuestos la DGRN argumentaba que no hay razón alguna para que el rechazo de la garantía en cuanto a una obligación accesorio impida la cobertura de la garantía principal, cuya existencia no puede quedar afectada por los vicios de aquélla.

5) Desde el punto de vista práctico evitaría la devolución de todas las escrituras de hipoteca presentadas al poder practicarse una inscripción parcial de oficio por el registrador.

Como argumentos en contra de esta postura se pueden señalar los siguientes:

1) La doctrina del TS sobre las reales consecuencias de la declaración de abusividad de los intereses moratorios pactados, que frente a la ortodoxia consumerista defendida por algunos autores (y el voto articular de un magistrado), mantiene el devengo de los intereses ordinarios durante el período de mora.

Esta circunstancia plantea un problema a efectos de determinación hipotecaria (antes expuesto), que hace difícil sostener que el registrador pueda denegar de oficio la total responsabilidad hipotecaria por intereses moratorios, sin que tampoco pueda, por sí mismo, alterar el contenido de dicha responsabilidad hipotecaria pactada, adaptándola, si se concluye su posibilidad, a los intereses que según el TS se siguen devengando (resoluciones de 16 y 17 de diciembre de 1996). Y tampoco parece posible, respecto de esta concreta cláusula abusiva, la inscripción de la hipoteca sin la misma sobre la base de una calificación denegatoria, pero manteniendo inalterada la responsabilidad hipotecaria dado la accesoriedad de la misma.

2) La doctrina hipotecaria actual en materia de inscripción parcial incide en 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 (no cuando se trata de dos negocios totalmente independientes), es decir, que en tales supuestos no es posible la inscripción parcial si no es expresamente solicitada por el interesado (resoluciones de 14-12-2010, 7-11-2012, 18-11-2013, 18-2-2014, 12-9-2014 (en contra la de 19-1-2015 siguiendo otras muchas anteriores), 3-10-2014, 21-1-2015, 30-3-2015 o 14-5-2015).

3) A este respecto debe señalarse que lo que se inscribe es el derecho real de hipoteca no la obligación, y que las cláusulas que determinan la responsabilidad hipotecaria, en este caso la de intereses moratorios, constituyen un elemento delimitador esencial del derecho real de hipoteca considerado como una unidad que es lo que se pretende inscribir, por lo que para proceder a la inscripción parcial de la hipoteca sin dichas cláusulas y su consiguiente sin su responsabilidad hipotecaria, se precisa, como regla, la solicitud expresa de los interesados (arts. 19 bis y 322 LH).

Este, por lo demás, es el criterio que se ha seguido hasta ahora cuando se ha vulnerado la limitación legal del art. 114-3 de la LH, que también produce la nulidad absoluta del pacto, y no parece que haya motivo suficiente para discriminar entre ambos supuestos de nulidad. Así, en la citada resolución de 18 de noviembre de 2013, en la que se debatía precisamente sobre la nulidad de una cláusula de intereses moratorios y de su responsabilidad hipotecaria por ser contrarias a la ley (concretamente al art. 114-3 LH), la DGRN rechaza la inscripción de la hipoteca porque *“siendo la ejecución de la hipoteca un procedimiento de naturaleza esencialmente registral, ya desde el mismo momento de la inscripción de la hipoteca debe quedar claro en qué términos se podrá, si llega el caso, ejecutar (art. 130 LH)”* y, por tanto, *“es en el título ejecutivo mismo donde se deberá proceder a un ajuste al contenido imperativo de la norma, respetando la prohibición de exceder los límites de intereses de demora impuesta en el reiterado apartado 3 del artículo 114 de la Ley Hipotecaria”*.

4) La circunstancia de que la inscripción de la hipoteca tenga carácter constitutivo y su práctica y el rango alcanzado constituyan un presupuesto esencial de la concesión del préstamo o crédito hipotecarios, genera, normalmente, que la efectividad, e incluso la perfección, de éstos quede condicionada de alguna manera a tal inscripción: entrega efectiva del dinero, disponibilidad del mismo, condicionar suspensivamente el negocio a su inscripción y rango, consentimiento contractual a la inscripción parcial únicamente respecto de las cláusulas que carezcan de trascendencia real o necesidad de aceptación del acreedor en el caso de la hipoteca unilateral.

Ello provoca importantes consecuencias jurídicas. Una primera consistente en la imposibilidad de inscribir una hipoteca (o una parte de su responsabilidad hipotecaria) sin una obligación válida garantiza que le sirva de soporte; y, una segunda, que radica en que el proceso de contratación de los préstamos hipotecarios bajo condiciones generales pueda entenderse no concluido hasta la inscripción de la hipoteca, siendo posible hasta ese momento alterar el contrato, bien, en su caso, mediante la subsanación de los errores cometidos en el otorgamiento, bien, siempre en favor del consumidor, mediante su adaptación a la legalidad sustantiva o formal puesta de manifiesto por la calificación registral.

5) Sólo mediante la denegación o suspensión de la inscripción de hipoteca se consigue una auténtica protección del consumidor, individual y generalizada, al asegurar que la cláusula abusiva es excluida *ex ante* del

contrato (se modificaría la escritura y el consumidor es verdaderamente consciente –transparencia- de que el interés era abusivo y le prevendrá frente a su posible aplicación) y, en consecuencia hacer más probable su no aplicación al consumidor durante la fase de desarrollo del préstamo, sin tener que esperar a su derogación por la intervención judicial en la fase de ejecución, si es que ésta llega a producirse.

c) Poner nota de defectos siguiendo el sistema tradicional y suspendiendo la práctica de la inscripción hasta tanto las partes adapten el préstamo hipotecario, en este caso en cuanto a los intereses moratorios y su responsabilidad hipotecaria a la Ley o soliciten expresamente su inscripción parcial (sin modificación del contenido o adaptando la responsabilidad hipotecaria a las consecuencias señaladas por el TS).

Los argumentos jurídicos y prácticos a favor y en contra de esta solución son, alterado su orden, los mismos expresados en la solución anterior, a los que habría que añadir, en contra, que supondría la retirada y subsanación de miles de escrituras con los graves inconveniente que ello supondría. Se estima, sin embargo, que este inconveniente de orden práctico no debe resultar determinante, debiendo prevalecer el mantenimiento de la actual operativa registral en la calificación de hipotecas en base al principio de legalidad que rige como principio rector esencial la función registral.

Por todo ello, y tras una cuidadosa ponderación de los argumentos examinados, esta Comisión considera que procede adoptar esta tercera solución, al estimarla la más ajustada a Derecho.

### 2.3- Posible repercusión de la Sentencia respecto de los testimonios de las adjudicaciones ejecutivas de las fincas hipotecadas.

En cuanto a si el registrador, en aplicación del artículo 132 de la LH, en relación a la determinación del reparto/ destino del posible sobrante o la fijación de la deuda remanente, en los decretos de adjudicación que se presenten a inscripción, puede entrar a valorar si se han aplicado bien esa derogación por nulidad de los intereses moratorios abusivos, y denegar en caso que se haya utilizado su responsabilidad hipotecaria en la liquidación; se considera que la labor registral en materia de control de la abusividad es preventiva y, por tanto, termina con la calificación, y, a partir de la inscripción de la hipoteca, el registrador debe ajustarse en su actuación posterior al contenido del registro (art. 1 LH).

A partir de ese momento, fuera la cláusula abusiva en el momento de la inscripción y se inscribiera por error del registrador, o fuera una cláusula no abusiva en el momento de la inscripción que luego se vuelve abusiva; corresponde a los interesados, en este caso al prestatario, acudir a la vía judicial para lograr la nulidad de la cláusula y la correspondiente rectificación registral.

Una vez abierto el procedimiento de ejecución corresponderá al juez de oficio (art. 552-1LEC) o a instancia del deudor (art. 695-1-4ª LEC) el control de la abusividad de los intereses moratorios, con posibilidad de apelación para el consumidor, y si finalmente se dicta un decreto de adjudicación de cuyo testimonio resulta su firmeza, la cuestión de abusividad (a salvo los problemas de derecho transitorio respecto de la causa de oposición por abusividad, todavía no resueltos) adquirirá la fuerza de la cosa juzgada y, por tanto, el registrador no podrá revisarla en su calificación.

A este respecto, la STS 4617/2014 de 24 de noviembre de 2014 señala que *“la cosa juzgada de la sentencia de remate dictada en el juicio ejecutivo se extiende, no sólo a las cuestiones planteadas y resueltas en el juicio ejecutivo, sino también a todas aquellas cuestiones que hubieran podido ser planteadas en el juicio ejecutivo, aunque no hayan sido opuestas, no estando admitido que quepa plantear en el proceso ordinario las cuestiones que pudieron ser totalmente discutidas en el juicio ejecutivo”* o que *“la falta de oposición del ejecutado, pudiendo haberla formulado, en el procedimiento ejecutivo, determinará la improcedencia de promover un juicio declarativo posterior pretendiendo la ineficacia del proceso de ejecución seguido contra él, dado el carácter de principio general de lo dispuesto en el apdo. 2 del art. 400 LEC en relación con su art. 222-1 y 4; y en coherencia con lo anterior, si la oposición sí se formula pero se rechaza única y exclusivamente porque las circunstancias que consten en el propio título no pueden oponerse en el proceso de ejecución, entonces el ejecutado sí podrá promover un juicio declarativo posterior sobre la misma cuestión”* (fundamentos de derecho tercero número 3 y sexto número 4). Por tanto, no pudiendo revisar la abusividad un juez (aunque algunos lo estén pretendiendo), con menos razón lo podrá hacer un registrador.

Madrid, 15 de junio de 2016

Por la Comisión de consultas doctrinales,

Juan María Díaz Fraile.  
Director del Servicio de Estudios Registrales.