

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

12289 *Resolución de 31 de octubre de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Lepe a inscribir una escritura de constitución de hipoteca.*

En el recurso interpuesto por doña S. M., en nombre y representación de «Abn Amro Bank, N.V.», contra la negativa del registrador de la Propiedad de Lepe, don Miguel Verger Amengual, a inscribir una escritura de constitución de hipoteca.

Hechos

I

El día 11 de octubre de 2012, ante la Notaria de Lepe, doña Blanca Eugenia Barreiro Arenas, con el número 983 de protocolo, se formalizó una operación de préstamo garantizado por hipoteca constituida sobre una finca del Registro de la Propiedad de Lepe.

II

La escritura fue presentada en el Registro el día 28 de junio de 2013, bajo el asiento 886 del Diario 163, y calificada negativamente el 16 de julio de 2013, con arreglo a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: «Registro de la Propiedad de Lepe El Registrador de la Propiedad que suscribe, previo examen y calificación de la precedente escritura, de conformidad con los artículos 18 y 19 Bis de la Ley Hipotecaria, hace constar: Hechos I. No consta el Número de Identificación Fiscal español de la entidad acreedora «Abn Amro Bank N.V.». II. No se acredita, respecto de las escrituras de poder otorgado a favor de doña S. L. M. y su poderdante, el cumplimiento de las formas y solemnidades y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto, de acuerdo con el derecho holandés, mediante aseveración o informe de un Notario o Cónsul español o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación, que sea aplicable. III. Asimismo, falta la reseña de las facultades representativas de doña S. L. M. y el juicio notarial de suficiencia de las mismas para el acto concreto que se otorga, en este caso de constitución de hipoteca, incumpléndose, por tanto, lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. IV. No cabe que, pactándose un tipo de interés fijo, se deje al arbitrio de la entidad acreedora la modificación del mismo una vez llegada una fecha determinada, sin que se establezca, además, cuál será el tipo aplicable tras la modificación o las fórmulas para hallarlo y el tipo máximo que puede alcanzar, ni la veces que podrá ser modificado, siendo única y exclusivamente la voluntad de la acreedora la que determine tal interés, que resulta, por ello, indeterminado. Dicho pacto, además, no ha sido negociado individualmente con el deudor, sino que forma parte de las «Disposiciones Generales sobre Préstamos de Abn Amro». V. Como consecuencia del anterior defecto, debe fijarse un tipo máximo para intereses moratorios, ya que, dada la indeterminación de dichos intereses –que según la escritura se calcularán añadiendo un punto mensualmente al interés ordinario, sin que se limite tal incremento temporal ni numéricamente ni conste tampoco determinado el tipo de interés ordinario que servirá para su cálculo–, de la cláusula de constitución de hipoteca y responsabilidad hipotecaria no resulta que se haya respetado el máximo legal establecido en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria. Fundamentos de Derecho I. Artículos 21 y 254 de la Ley Hipotecaria, en su redacción dada por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, artículos 23 y 24 de la Ley del Notariado, artículo 156 del Reglamento

Notarial, y resoluciones de la Dirección general de los Registros y del Notariado de 11 de abril de 2012 ó 17 de abril de 2013, entre otras, estableciéndose en la última que «Según el artículo 254.2 de la Ley Hipotecaria, adicionado por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de Medidas de Prevención del Fraude Fiscal, establece que “no se practicará ninguna inscripción en el Registro de la Propiedad de títulos relativos a actos o contratos por los que se adquieran, declaren, constituyan, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, o a cualesquiera otros con trascendencia tributaria, cuando no consten en aquéllos todos los números de identificación fiscal de los comparecientes y, en su caso, de las personas o entidades en cuya representación actúen”. Como tiene declarado este Centro Directivo, esta exigencia trata de combatir uno de los tipos de fraude fiscal, consistente en la ocultación de la verdadera titularidad de los bienes inmuebles por su adquisición a través de personas interpuestas, y tiene por finalidad aflorar todas las rentas que se manifiestan a través de las transmisiones de inmuebles en las distintas fases del ciclo inmobiliario, desde la propiedad de terrenos que se van a recalificar, hasta las adjudicaciones en la ejecución urbanística. Por lo demás, una de las finalidades de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, según su Exposición de Motivos, es la prevención del fraude fiscal en el sector inmobiliario, en el que las novedades que introduce aquella “se dirigen a la obtención de información que permita un mejor seguimiento de las transmisiones y el empleo efectivo que se haga de los bienes inmuebles”». Lógicamente, el número de identificación fiscal referido debe ser el español, sin que la constancia de su número de identificación holandés pueda suplir tal exigencia. II. Artículos 9 y 11 del Código Civil, 3 y 4 de la Ley Hipotecaria y 36 de su Reglamento, artículo 281 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, artículo 168 del Reglamento Notarial, resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de julio de 2011, que establece que «en el caso de que el registrador desconozca el Derecho Extranjero, éste debe quedar acreditado, del mismo modo que se establece en el artículo 2812 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990 y 25 de enero de 1999, y Resolución de 20 de enero de 2011), incluso cuando se trate de un acto o negocio jurídico complejo. Además, puntualiza, en cuanto al modo de ser acreditado dicho Ordenamiento foráneo, que no basta la cita aislada de textos legales extranjeros sino que, por el contrario, debe probarse el sentido, alcance e interpretación actuales atribuidos por la jurisprudencia del respectivo país. Sobre este punto –prueba de Derecho extranjero, pero en ese caso relativo a una sucesión– se pronunció también la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña de fecha 18 de septiembre de 2006 (Fundamento de Derecho Tercero)», 22 de febrero de 2012 y 26 de junio de 2012, entre otras, y sentencias de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 22 de noviembre de 2006, que dispone que «...Todo ello se ve, con mayor nitidez si cabe, en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, en cuyo último párrafo se instituye al Registrador como el órgano encargado del control de acceso al Registro de los documentos, correspondiéndole la “calificación” de los requisitos de la legislación extranjera sobre formas y solemnidades extranjeras y sobre aptitud y capacidad legal necesaria para el acto, distinguiendo entre la calificación registral de los documentos extranjeros a efectos de su inscripción y los dictámenes o medios de prueba sobre el derecho extranjero; por eso, reconociendo que los funcionarios públicos españoles no tienen obligación de conocer la totalidad del derecho extranjero, pero sí la de exigir que se aplique el mismo para que el documento tenga fuerza en España, prevé que por medio de una serie de informes de otros funcionarios españoles o del país de la legislación aplicable, se pueda acreditar y probar el derecho extranjero a efectos de la inscripción del título extranjero en el Registro de la Propiedad español», y de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Novena, de 23 de abril de 2012. III. Artículo 98 de la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, de 27 de diciembre de 2001, reformado en su punto 2, por la Ley 24/2005 de 18 de noviembre de reforma para el impulso de la productividad, resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de diciembre de 2010, y 13 de febrero de 2012, entre otras, y sentencia de 23 de septiembre de 2011

de la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo. IV. Artículo 1.256 del Código Civil, que establece que «La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes», artículos 12 y 114 de la Ley Hipotecaria, Principios de Determinación y Especialidad, Artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908, de la Usura, que dispone que «Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales», artículo 147 del Reglamento Notarial, artículo 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, artículos 84 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, que establece que «Los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación», artículos 85 a 90 de dicha Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, el art 18-1 de la Ley 2/2009, de 31 de enero, y, además por resultar calificada legalmente como abusiva en el número 3 del artículo 85 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, toda vez que no consta del título que haya sido negociada individualmente y su carácter abusivo resulta delimitado de forma completa por los referidos preceptos legales, sin referencia alguna a la apreciación de circunstancias subjetivas que hagan precisa, para su declaración como abusivas, una previa resolución judicial. Tal carácter abusivo determina la nulidad de pleno derecho de la cláusula calificada sin necesidad de una previa resolución judicial, según doctrina sentada, entre otras, por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012, que reitera la Jurisprudencia del Tribunal al establecer no sólo la capacidad sino la obligación de los Jueces y funcionarios de examinar el carácter abusivo de una condición general de la contratación en cualquier procedimiento. Incluidos el arbitral, monitorio, notarial, registral y en la ejecución, ya ordinaria ya directa sobre bienes hipotecados, haya o no oposición del deudor. En el mismo sentido se pronuncian el principio de efectividad de las Directivas europeas Directiva 13 de 1993– y sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009 y 14 de junio de 2012, entre otras, y la Dirección general de los Registros y del Notariado al establecer en resoluciones como la de 4 de noviembre de 2010 que «dentro de los límites inherentes a la actividad registral, el Registrador (...) podrá rechazar la inscripción de una cláusula, siempre que su nulidad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, pero también en aquellos otros casos en los que se pretenda el acceso al Registro de aquellas cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el Registrador sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto», véanse también sentencias de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Cáceres de 7 de octubre de 2011, de la Sección 1.ª, de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 10 de abril de 2012, y sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, entre otras. V. Artículos 12 y 114 de la Ley Hipotecaria, Artículos 98 y 220 del Reglamento Hipotecario, Principios de Determinación y Especialidad, y resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de julio de 1996, entre otras. En su virtud, acuerda suspender la inscripción interesada en el precedente documento, por los defectos subsanables antes expresados de: I. No constar el número de identificación fiscal de la entidad acreedora, «Abn Amro Bank N.V.»; II. No acreditarse, respecto de las escrituras de poder antes citadas, el cumplimiento de las formas y solemnidades y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto, de acuerdo con el derecho holandés; III. Faltar la reseña de las facultades representativas de doña S. L. M. y el juicio notarial de suficiencia de las mismas para el acto concreto que se otorga; IV. Dejarse al arbitrio de la entidad acreedora la posterior modificación del tipo de interés sin que conste el modo

de hallarlo ni el máximo que puede alcanzar, lo que resulta, además, de abusivo, incongruente con la previa fijación de un tipo fijo; Y V. Resultar indeterminado el tipo máximo para intereses moratorios, por hallarse añadiendo un punto sobre el interés ordinario, que resulta igualmente indeterminado, por lo que de la cláusula de constitución de hipoteca y responsabilidad hipotecaria no resulta que se haya respetado el máximo legal establecido en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria. Denegar la inscripción de las siguientes cláusulas, que no tendrán acceso al Registro, si bien, a solicitud del presentante podrá inscribirse la hipoteca, una vez subsanados los defectos antes reseñados, con exclusión de las mismas: A) Cláusula de Vencimiento Anticipado (artículo 5 de las Condiciones Generales de las Hipotecas para el Extranjero de Abn Amro): 1) Las letras a) y b), por haber sido declarada nulas por abusivas por la Sentencia del Tribunal Supremo número 792/2009, de 16 de diciembre de 2009 y por su indeterminación; 2) Las letras g) y c) de dicho artículo 5, por ir en contra del principio general de libertad de contratación, que infiere sensu contrario al artículo 107-3.º de la Ley Hipotecaria e implica una prohibición de disponer contraria al artículo 27 del mismo cuerpo legal, y en el caso de la b), además, porque dichas situaciones de requisa y expropiación se hallan reguladas en normas de orden público, que serán las que regirán tales supuestos (art.1.877 CC, artículos 8 y 51 del Reglamento de Expropiación Forzosa y artículos 40 a 42 de la Ley de 8 de octubre de 1980 de Contrato de Seguro); 3) las letras c), d), e), f), i) y l) por resultar abusivas, al implicar prohibiciones contrarias a nuestro ordenamiento jurídico y porque las situaciones de insolvencia y los títulos que tienen carácter ejecutivo se hallan regulados en las normas de carácter procesal que son por lo tanto de orden público, y por haber sido dicha cláusula declarada nula de pleno derecho por abusiva por la Sentencia del Tribunal Supremo número 792/2009, de 16 de diciembre de 2009, toda vez que, según resulta de su Fundamento de Derecho Undécimo, si bien el artículo 1129 del Código Civil permite pactar como causa de vencimiento anticipado la posterior insolvencia del deudor, si no garantiza la deuda, la cláusula va más allá, pues no se refiere a insolvencia, sino a una multiplicidad de situaciones adversas, y ello supone «atribuir a la entidad financiera una facultad discrecional de resolución del contrato por vencimiento anticipado desproporcionada, tanto más que ni siquiera se prevé la posibilidad para el prestatario de constitución de nuevas garantías. Por consiguiente, no se trata de excluir que la Entidad Financiera mantenga las garantías adecuadas, sino de evitar que cualquier incidencia negativa en el patrimonio del prestatario, efectiva o eventual, pueda servir de excusa al profesional –predisponente– para ejercitar la facultad resolutoria contractual»; además es contraria a la norma contenida en el artículo 1129 del Código Civil, en cuanto prevé el acaecimiento del vencimiento anticipado sin excluir el supuesto de que el deudor garantice la deuda. Aun en el caso de que se entienda que dicho precepto tiene carácter dispositivo, y admite pacto en contrario, no resulta del título que dicho pacto exista, toda vez que la cláusula cuya inscripción se deniega constituye una condición general, según la definición que de éstas establece el artículo 1 de la Ley 13/1998, conforme al cual, «Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos»; 4) Las letras h), j) y k) del citado artículo 5 por carecer de trascendencia real y/o tener carácter obligacional, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2 y 98 de la Ley Hipotecaria y 51.6 de su Reglamento y según la reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y además, por su falta de claridad –artículo 98 del Reglamento Hipotecario–. B) El apartado sobre «Ley Aplicable y Jurisdicción» de la Cláusula Primera y la cláusula Decimocuarta, por ir en contra del artículo 90-2 de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios y del artículo 684 de la LEC que son normas de orden público y tener carácter imperativo, y haber sido igualmente declaradas nulas por la citada sentencia del Tribunal Supremo, siendo además contradictorias entre ellas. C) La frase «sin perjuicio de la responsabilidad ilimitada y solidaria...» de las Cláusulas Segunda y Quinta, por carecer de trascendencia real. D) Las

cláusulas Sexta, Undécima y Duodécima, por carecer de trascendencia real y/o tener carácter obligacional, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2 y 98 de la Ley Hipotecaria y 51.6 de su Reglamento y según la reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. E) Los apartados 2, 4 y 5 de la Octava, por carecer de trascendencia real y porque los títulos que tienen carácter ejecutivo se hallan regulados en las normas de carácter procesal que son por lo tanto de orden público. F) La cláusula Décima, por ser contraria a lo dispuesto en los artículos 1.c y 4.c del Reglamento (CE) n.º 593/2008 del parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, que establecen que «el contrato que tenga por objeto un derecho real inmobiliario se registrará por la Ley del país donde esté sito el bien inmueble». No se ha tomado anotación de suspensión por no haberse solicitado expresamente. Contra la nota de calificación (...) Lepe, dieciséis de julio del año dos mil trece El registrador (firma ilegible) Fdo: Miguel Verger Amengual».

III

La anterior calificación fue recurrida por doña S. M., en nombre y representación de «Abn Amro Bank, N.V.», mediante escrito que tuvo acceso al Registro el día 2 de agosto de 2013, en el que se formulaban las siguientes alegaciones: «En cuanto al Hecho I de la Calificación Negativa expedida por el Registro de la Propiedad de Lepe de fecha 16 de julio de 2013 se adjunta por copia el NIF de Abn Amro Bank N.V, n.º N00359291. En cuanto al Hecho II y III de la referida Calificación, cabe destacar que el Poder de Representación otorgado a favor de S. M. en fecha 12 de julio de 2012, están otorgados ante el Notario de Amsterdam (Países Bajos) D. Hugo Meilink conforme el derecho holandés y las normas del derecho internacional privado, estando dicho documento debidamente apostillado, desplegando por tanto todos sus efectos legales en España. En cuanto al Hecho IV de la Calificación Negativa, debemos señalar que es errónea la interpretación que realiza el registrador, habida cuenta de que no es cierto que se deje al arbitrio de Abn Amro Bank N.V la modificación del tipo de interés, ya que en las Disposiciones Generales sobre Préstamos de Abn Amro y que constan adjuntadas al préstamo hipotecario, en la Disposición Tercera se señala que las partes deberán llegar a un acuerdo en cuanto a la modificación del tipo de interés, fijándose en la Escritura de Constitución de la Hipoteca asimismo la fecha en que se realizará dicha revisión, siendo ésta el 1 de enero de 2017. En cuanto al Hecho V de la Calificación Negativa, también es errónea la interpretación del Registrador por cuanto, en la estipulación quinta si que se fija un tipo máximo de intereses moratorios, ascendiendo éstos a 4.000 €, cumpliéndose con ello con lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria».

El día 30 de agosto de 2013 se presenta escrito de alegaciones suscrito por la notaria autorizante de la escritura calificada, de fecha 29 de agosto de 2013, con respecto al recurso interpuesto.

IV

El día 2 de septiembre de 2013 se aporta copia autorizada de acta de subsanación otorgada en Lepe por la notaria, doña Blanca Eugenia Barreiro Arenas, el día 29 de agosto de 2013, por la que se subsana la escritura de hipoteca calificada, haciéndose constar el Número de Identificación Fiscal de la entidad «Abn Amro Bank, N.V.», que es el N00359291, y el juicio notarial de suficiencia de las facultades de la representante de la entidad acreedora.

A la vista de la citada acta el registrador, en su preceptivo informe, que remite junto con el expediente a este Centro Directivo con fecha de 5 de septiembre de 2013, da por subsanados los defectos I y III de la nota de calificación recurrida, y estima que no procede entrar en su defensa, por lo que respecto de estos extremos debe entenderse modificada la calificación, manteniéndose en lo demás.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 10.1, 12.1, 608, 609, 1216, 1256 y 1280 del Código Civil; 1, 3, 4, 38 y 114 de la Ley Hipotecaria; 33, 34 y 36 del Reglamento Hipotecario; 1 y 4 del Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales; las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1955, 27 de febrero de 1964, 23 de junio de 1977, 20 de febrero de 1986, 19 de junio de 2011 y 9 de mayo de 2013; las sentencias número 391/2006, de 22 de noviembre de 2006, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, número 95/2011, de 2 de marzo de 2011, de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Sexta, y número 208/2010, de 19 de octubre de 2010, del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Santa Cruz de Tenerife; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado 18 enero 1945, 29 septiembre 1965, 13 diciembre 1985, 7 y 8 noviembre 1996, 24 de agosto y 3 de diciembre de 1998, 11 de junio de 1999, 8 y 9 de febrero de 2001, 21 de abril de 2003, 19 de febrero de 2004, 5 de febrero, 13 de abril (Servicio Notarial) y 27 de mayo de 2005, 23 de mayo de 2006, 21 de diciembre de 2007, 14 de enero, 1 y 8 de febrero y 15 y 16 de mayo de 2008 y 22 de febrero de 2012.

1. Se debate en el presente recurso sobre la inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura de préstamo otorgado por una entidad de crédito holandesa, con domicilio en Ámsterdam, a favor de un matrimonio de nacionalidad holandesa con residencia en España, garantizado mediante hipoteca constituida sobre un inmueble sito en un municipio español, en el que concurren las siguientes circunstancias relacionadas con la calificación recurrida:

a) en cuanto a la ley aplicable al contrato, las partes disponen lo siguiente: «El préstamo se rige por las leyes de Países Bajos a las que Abn Amro y las partes se someten expresamente». Por su parte, respecto de la hipoteca en la estipulación décima se establece que «en lo no previsto específicamente en esta escritura de constitución de hipoteca, ésta se rige por las Estipulaciones Generales sobre la Concesión de Hipotecas de Abn Amro, que los señores S. K. declaran conocer y aceptar en su integridad, y que serán de aplicación a la hipoteca constituida por la presente siempre y cuando no sean contrarias a una norma imperativa española»;

b) en cuanto a la representación de la entidad prestamista, interviene en su nombre y representación un apoderado especial, quien justifica sus facultades representativas mediante un documento de poder que es reseñado por el Notario autorizante de la escritura calificada en la siguiente forma: «su legitimación para este acto resulta del poder especial otorgado a su favor por Abn Amro, representada por doña G. J. H., el doce de julio de dos mil doce, cuya firma se halla legitimada por don Hugo Meilink, Notario suplente, sustituto de don A. A. Voorneman, Notario de Ámsterdam, en la misma fecha, que, a su vez actuaba en nombre de Abn Amro, sobre la base del poder otorgado por don A. V. D. V. y don G. E. R. K., el diez de julio de dos mil doce ante don Anton Arnaud Voorneman, Notario de Ámsterdam, quien declara, además, que Abn Amro existe y fue constituida de conformidad con las leyes de Países Bajos, y que según información obtenida del Registro Mercantil de la Cámara de Comercio e Industria de Ámsterdam, los citados don A. V. D. V. y don G. E. R. K. pueden conferir por conjunto las facultades y que pueden conferir el citado poder especial a cualquier tercera parte a su libre elección./ El citado documento, que está redactado en castellano, y la firma de la citada notaria, se halla debidamente apostillada ...»;

c) en cuanto a los intereses ordinarios y de demora y su cobertura hipotecaria, se establece en la estipulación primera que «El préstamo devengará a favor de Abn Amro un interés anual de cinco coma ocho por ciento (5,8 %) ... Tal y como establecen las Disposiciones Generales sobre Préstamos de Abn Amro (para particulares) de enero de 1999, que el prestatario declara conocer y que se adjuntan a la presente escritura de hipoteca, Abn Amro está facultado para revisar los intereses el primer día del mes en el que venza el periodo de intereses acordado (el uno de enero de dos mil diecisiete). Abn

Amro comunicará al prestatario los nuevos intereses de aplicación al menos un mes antes de la fecha de revisión de los intereses... Si el prestatario incurriera en retraso, cualquiera que fuere la causa, en el cumplimiento de las obligaciones de pago que por cualquier concepto le incumban... el prestatario estará obligado a satisfacer intereses de demora sin necesidad de previo requerimiento. Dicho interés de demora se fija por las partes al tipo pactado en el Contrato de Préstamo incrementado en dos coma cinco por ciento (2,5 %) sobre las cantidades que no sean abonadas por el prestatario a Abn Amro a sus respectivas fechas de vencimiento y liquidación». Por su parte, en la estipulación quinta se pacta lo siguiente: «Sin perjuicio de la responsabilidad solidaria ilimitada del prestatario, la presente hipoteca asegura el pago de las siguientes cantidades por los siguientes conceptos... 5.2. Conforme a lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, la Finca Hipotecada responde, con perjuicio de terceros, hasta la cantidad máxima de dieciocho mil euros (18.000,00) por los intereses ordinarios del Préstamo referidos en la estipulación primera de esta escritura, y responde hasta la cantidad de cuatro mil euros (4.000,00) por los intereses moratorios».

El registrador suspende la inscripción, por los motivos que constan en su nota de calificación, transcrita en los Hechos de esta Resolución, la cual limita su objeto a los señalados en los apartados II, IV y V de la citada nota (cfr. artículo 327 de la Ley Hipotecaria), al haberse subsanado los otros dos con anterioridad a la emisión del preceptivo informe del registrador, quien a la vista de la subsanación modifica la calificación negativa inicial en el sentido indicado. Y sin que en el presente expediente pueda tomarse en consideración la documentación aportada extemporáneamente, que no pudo tener en cuenta el registrador en su calificación (cfr. artículo 326 de la Ley Hipotecaria).

2. Entrando en el examen del primero de los defectos objeto de recurso, segundo de los señalados en la nota de calificación, el mismo consiste en que «no se acredita, respecto de las escrituras de poder otorgado a favor de doña S. L. M. y su poderdante, el cumplimiento de las formas y solemnidades y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto, de acuerdo con el derecho holandés, mediante aseveración o informe de un Notario o Cónsul español o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación, que sea aplicable». El análisis de este defecto debe realizarse teniendo en cuenta la cláusula de sumisión a la ley aplicable pactada por las partes, antes transcrita. Por ello deben ser analizados los distintos aspectos concurrentes bajo el prisma del Derecho internacional privado, dada la dispersión de los elementos, personales, reales y formales, de la relación jurídica en cuestión, a los efectos de determinar la legislación aplicable, pues, como ha señalado este Centro Directivo (cfr. Resolución de 20 de enero de 2011), los tribunales y autoridades españolas, incluidas las registrales, están obligadas a aplicar de oficio las normas de conflicto contempladas en el ordenamiento español (cfr. artículo 12.6 del Código Civil).

En primer lugar, para determinar la ley aplicable al contrato concluido, en lo que se refiere a los aspectos obligacionales del mismo, «lex contractus», la norma que debe ser tenida en cuenta por las autoridades españolas es el Reglamento (CE) 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I), en vigor para todos los Estados miembros con la excepción de Dinamarca, el cual se aplica a los contratos celebrados a partir del 17 de diciembre de 2009, fecha anterior a la del contrato que da origen al presente recurso.

El Reglamento Roma I tiene carácter universal (cfr. artículo 2) por lo que, consecuentemente con ello, resulta aplicable aun cuando el ordenamiento designado por sus normas de conflicto sea el de un Estado miembro o no miembro de la Unión Europea. En el caso de los contratos cuyo objeto sea un derecho real inmobiliario, y siempre que las partes no elijan la «lex contractus» de forma expresa o implícita, deduciéndose de manera inequívoca del contrato o de las circunstancias concurrentes del caso, el artículo 4.3 del Convenio los somete al ordenamiento del Estado en el que se ubique el inmueble, a menos que de las circunstancias del contrato se desprenda que éste presenta vínculos

más estrechos con otro ordenamiento (artículo 4.1.c en relación con el artículo 4.3 del Reglamento Roma I). En el presente caso se ha pactado expresamente el sometimiento del contrato de préstamo a la ley holandesa.

Ahora bien, la «lex contractus», determinada según las normas de conflicto del Reglamento de Roma I, no regula la totalidad de las cuestiones que se pueden plantear en el marco del contrato. Así, por ejemplo, el propio Reglamento establece en el artículo 1.2 a) su inaplicación a la capacidad de las personas físicas, limitándose a recoger en su artículo 13 la llamada «excepción de interés nacional». En el mismo sentido el apartado g) del citado artículo 1.2 excluye del ámbito de aplicación del Reglamento «la posibilidad para un intermediario de obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar, o para un órgano de obligar a una sociedad, asociación o persona jurídica», esto es, la representación voluntaria u orgánica. La exclusión de la capacidad de las personas físicas y de la representación del ámbito del Reglamento de Roma I implica que el ordenamiento aplicable a estas cuestiones deberá determinarse de acuerdo a las normas de conflicto de cada Estado (en el caso de España, respecto de la representación, vid. artículo 10, número 11, del Código Civil, y en cuanto a la forma artículo 11). Por otro lado, una vez determinada la validez del contrato de acuerdo con la «lex contractus» designada por el Reglamento Roma I, deberán determinarse sus aspectos reales relativos al modo de constitución o transmisión del derecho real (en este caso de la hipoteca), su contenido y efectos, aspectos éstos excluidos del ámbito de la «lex contractus». De este modo, la norma de conflicto española que establece la ley aplicable a estos aspectos reales será el artículo 10.1 del Código Civil español, según el cual: «La posesión, la propiedad y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen».

La ley del lugar de situación del inmueble («lex rei sitae»), en el caso a que se refiere el presente recurso la ley española, se aplicará al modo de constitución o adquisición de los derechos reales, como al momento de la constitución del derecho de hipoteca, el contenido de este derecho real, los derechos subjetivos de su titular, los bienes sujetos al derecho real, la posibilidad y condiciones de inatacabilidad del derecho real, así como su publicidad. Así, para el Derecho Internacional Privado español, como ha señalado este Centro Directivo (vid. Resolución de 22 de febrero de 2012), las exigencias para el acceso al Registro, se regirán por el ordenamiento del país de situación del inmueble. En este caso, y dado que el inmueble objeto del gravamen hipotecario se ubica en España, será el ordenamiento español, y no el holandés, el que determinará los requisitos para entender completado el proceso de constitución de la hipoteca.

3. Por lo anteriormente expuesto, la eficacia jurídico-real y su publicidad registral se rige por la ley española. De modo que corresponde a nuestro ordenamiento, en aplicación de la norma de conflicto antes citada, establecer los requisitos necesarios para considerar válidamente constituido el gravamen hipotecario sobre el bien inmueble, lo que implica que, pese a que el título que se pretenda inscribir pueda estar sometido, en sus aspectos obligacionales, a un ordenamiento diferente, su eficacia real queda supeditada a los requisitos exigidos por el Derecho español para que opere el proceso de constitutivo de la hipoteca.

Y, dentro del proceso constitutivo, en el que se integra la inscripción registral (cfr. artículos 1.875 del Código Civil y 145 de la Ley Hipotecaria) –cuestión que es la que constituye el objeto del presente recurso–, hay que partir del artículo 608 del Código Civil español, que dentro del Libro Segundo denominado «De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones» regula los requisitos de acceso al Registro de la Propiedad, estableciendo lo siguiente: «Para determinar los títulos sujetos a inscripción o anotación, la forma, efectos y extinción de los mismos, la manera de llevar el Registro y el valor de los asientos de sus libros, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria». Por tanto, el Código Civil atribuye la competencia exclusiva en la regulación y determinación de los títulos inscribibles, así como en cuanto a los requisitos formales de los mismos y sus efectos, a la Ley Hipotecaria.

La citada remisión del artículo 608 del Código Civil a la Ley Hipotecaria para determinar los títulos formales inscribibles y la forma y efectos de los mismos, nos lleva al artículo 3 de la Ley Hipotecaria, para los documentos otorgados en España, y, en cuanto a los documentos otorgados en país extranjero, al artículo 4 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual «también se inscribirán en el Registro los títulos expresados en el artículo segundo, otorgados en país extranjero, que tengan fuerza en España con arreglo a las leyes y las ejecutorias pronunciadas por Tribunales extranjeros a que deba darse cumplimiento en España, con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil». Este artículo se desarrolla por el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, básico para la resolución del presente expediente, que dispone «los documentos otorgados en territorio extranjero podrán ser inscritos si reúnen los requisitos exigidos por las normas de Derecho Internacional Privado, siempre que contengan la legalización y demás requisitos necesarios para su autenticidad en España. La observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto podrán acreditarse, entre otros medios, mediante aseveración o informe de un Notario o cónsul español o de diplomático, cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable. (...) El registrador podrá, bajo su responsabilidad, prescindir de dichos medios si conociere suficientemente la legislación extranjera de que se trate, haciéndolo así constar en el asiento correspondiente». Y estas normas se aplican tanto a los títulos formales principales, aquellos en los que «funde inmediatamente su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse aquella (la inscripción) y que haga fe, en cuanto al contenido que sea objeto de inscripción, por sí solos o con otros complementarios o mediante formalidades cuyo cumplimiento se acredite» (cfr. artículo 33 del Reglamento Hipotecario), como a estos «documentos complementarios», entre los que unánimemente la doctrina incluye los relativos a los apoderamientos invocados por los otorgantes.

El artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil confirma lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley Hipotecaria sobre la fuerza en España de los documentos otorgados en el extranjero, pues no exige que el documento extranjero cumpla los concretos requisitos específicos de la legislación notarial española, sino que simplemente se refiere a los requisitos tradicionales de la «fuerza en España» (que en el otorgamiento se hayan observado los requisitos del país en el que se otorgue, que contenga los requisitos de apostilla y autenticidad y que se hayan observado las normas de Derecho Internacional Privado sobre capacidad, objeto y forma, entendiéndose por probadas las declaraciones de voluntad, es decir, el hecho de haberse declarado la voluntad, pero no los requisitos). En este sentido se pronunció la Sentencia número 391/2006 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 22 de noviembre de 2006, y así lo ha confirmado la Sentencia de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo número 998/2011, de 19 de junio, al declarar que «la negativa de efecto jurídico ante el Registro de la Propiedad español de la escritura otorgada ante un Notario alemán carece de sentido cuando, además, la misma puede producir plenos efectos probatorios en España en los términos previstos en el artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y resulta evidente que el documento notarial alemán y el español son equivalentes en cuanto la función de fe pública ejercida por ambos es similar, sin que pueda resultar imprescindible la identidad de forma ya que –como también se ha razonado anteriormente– por el principio «auctor regit actum» cada Notario aplica su propia legislación y por tanto la estructura, menciones e identidades de la escritura nunca coincidirán exactamente, por lo que tal requerimiento dejaría sin efecto y sin valor alguno en España a la mayor parte de las escrituras públicas otorgadas en el extranjero...», añadiendo a continuación que «la necesaria aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado español, en cuanto la remisión a las mismas (artículo 36 Reglamento Hipotecario) conduce directamente a la aplicación del artículo 11 del Código Civil, conforme al cual las formas y solemnidades de los contratos se regirán por la ley del país en que se otorguen» (disposición que igualmente aparece en el artículo 11 del Reglamento 593/2008 CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio).

4. En definitiva, hay que estar a la regulación de la legislación hipotecaria española para determinar los requisitos a que deben sujetarse los documentos extranjeros que

pretendan servir de título formal para su acceso al Registro de la Propiedad español. En este sentido, como ha declarado este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 11 de junio de 1999 y de 23 de mayo de 2006), el principio de legalidad, básico de nuestro sistema registral, por la especial trascendencia de efectos derivados de los asientos del Registro (que gozan, «erga omnes», de la presunción de exactitud y validez y se hallan bajo la salvaguardia jurisdiccional –artículos 1 y 38 de la Ley Hipotecaria–), está fundado en una rigurosa selección de los títulos inscribibles sometidos a la calificación del registrador, y así se establece, entre otros requisitos, la exigencia de documento público o auténtico para que pueda practicarse la inscripción en los libros registrales (cfr. artículos 3 de la Ley Hipotecaria, 33 y 34 del Reglamento Hipotecario y 1.216 y 1.280 del Código Civil).

Ahora bien, si la determinación acerca de cuándo un documento español reúne las condiciones necesarias para ser calificado como público o auténtico no presenta dificultades a la vista de la definición contenida en el artículo 1.216 del Código Civil, la cuestión se complica cuando se trata de un documento extranjero. Este documento, como se ha señalado «supra», habrá de tener en España fuerza con arreglo a las Leyes (cfr. artículos 4 de la Ley Hipotecaria y 36 del Reglamento Hipotecario), por haberse observado en su otorgamiento las formas y solemnidades establecidas en el país correspondiente. Pero esta primera aproximación no resuelve totalmente el problema planteado porque se trata aquí de determinar, en función de la exigencia de documentación pública para la inscripción en el Registro de la Propiedad español, cuándo un documento extranjero puede ser calificado como título público, y pueda así tener acceso al Registro de la Propiedad.

En este sentido no cabe resolver el problema por aplicación exclusiva de las reglas que contiene el artículo 11 del Código Civil, antes aludido, respecto de la forma de los actos y contratos, porque este artículo resuelve únicamente cuestiones en torno a la validez de distintas formas en el ámbito del Derecho Internacional Privado, en armonía, por cierto, con el principio general de libertad de forma para los contratos en nuestro Derecho interno (cfr. artículos 1278 y siguientes del Código Civil), mientras que aquí, como antes se ha apuntado, se trata de precisar, además, un problema concreto adicional: el de la aptitud de un documento extranjero para acceder al Registro español. En cuanto a este segundo aspecto es el artículo 12.1 del Código Civil el que debe tenerse presente para encauzar la cuestión: en efecto, si el documento público español, por reunir unas características especiales, es inscribible en el Registro de la Propiedad –lo que no ocurre, como regla, respecto de los documentos privados–, se hace necesaria una labor previa de calificación o, dicho de otro modo, de comparación entre los requisitos básicos exigidos al documento extranjero para gozar de ese mismo valor público en su propio ordenamiento. Sólo cuando el documento extranjero reúna los requisitos o presupuestos mínimos imprescindibles que caracterizan al documento público español, es cuando podrá sostenerse que aquél sea apropiado para ser inscrito en el Registro de la Propiedad, de acuerdo con lo que se ha venido a denominar en la doctrina como equivalencia de las formas, a que alude igualmente la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2011.

5. Desde este punto de vista debe afirmarse, como ya señaló este Centro Directivo en ocasiones anteriores (vid. Resoluciones de 11 de junio de 1999 y 23 de mayo de 2006), que el documento público español alcanza este valor cuando en él concurren las exigencias básicas siguientes: a) que haya sido autorizado «por un Notario o empleado público competente» (artículo 1.216 del Código Civil), es decir, que el funcionario autorizante sea el titular de la función pública de dar fe, bien en la esfera judicial, bien en la esfera extrajudicial; b) que se hayan observado «las solemnidades requeridas por la Ley» (artículo 1.216 del Código Civil), lo que se traduce en el cumplimiento de las formalidades exigidas para cada categoría de documento público, las cuales, cuando se trata de documentar públicamente un acto extrajudicial, son sustancialmente, la necesidad de la identificación suficiente del otorgante del acto o contrato (fe de conocimiento o juicio de identidad) y la apreciación por el autorizante de la capacidad del otorgante (juicio de capacidad), si bien en cuanto a este último requisito ha de precisarse que la no constancia

documental del juicio de capacidad no implica necesariamente que éste no haya existido pues puede considerarse implícito en la autorización del documento, como lo prueba el hecho de que su falta de constatación expresa en el documento notarial no lleva consigo la nulidad del instrumento público (cfr. artículo 27 de la Ley del Notariado), así como el hecho de que haya documentos judiciales que constatan acuerdos entre particulares en los que no se expresa tal juicio de capacidad.

Si se comparan, pues, los requisitos básicos indicados del documento extranjero calificado a través del que se pretende acreditar la representación invocada por el compareciente de la entidad «Abn Amro Bank, N.V.» (poder especial otorgado a su favor por Abn Amro, representada por doña G. J. H., el doce de julio de dos mil doce, cuya firma se halla legitimada por don Hugo Meilink, Notario suplente, sustituto de don A. A. Voorneman, Notario de Ámsterdam, en la misma fecha), se observará que éste debe ser rechazado por tratarse –según parece desprenderse de los términos de la citada reseña– de una simple autorización con firma legitimada, sin que se le haya probado al registrador que los documentos aportados sean equivalentes a una escritura de poder notarial española (cfr. Resolución de 19 de febrero de 2004).

Tampoco se ha acreditado, ni resulta de la nota de calificación que el registrador conozca suficientemente la legislación extranjera dada la ausencia de fundamentación en los correspondientes preceptos de las leyes holandesa, que el documento presentado tenga la consideración de documento auténtico o público en el país de su otorgamiento según su legislación notarial, o «ley que regula las formas y solemnidades del contrato» conforme al artículo 11 del Código Civil. Esto podría acreditarse por cualquier medio de los previstos en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario en el que se pruebe el contenido y vigencia del derecho extranjero (en los mismos términos se pronuncia el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; cfr. doctrina de este Centro Directivo en Resoluciones de 15 de julio de 2011 y 22 de febrero y 26 de junio de 2012, entre otras). Como se indica en las citadas Resoluciones «esta Dirección General ha señalado en diferentes ocasiones que las autoridades públicas que desarrollan funciones no jurisdiccionales (cfr. artículos 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 168.4 del Reglamento Notarial y 36.2 del Reglamento Hipotecario), pueden realizar bajo su responsabilidad una valoración respecto de la alegación de la ley extranjera aunque no resulte probada por las partes, siempre que posea conocimiento de la misma (vid., entre otras, las Resoluciones de 14 de diciembre de 1981 y 5 de febrero y 1 de marzo de 2005). La indagación sobre el contenido del ordenamiento extranjero no constituye en absoluto una obligación del registrador, o del resto de autoridades no judiciales ante las que se inste la aplicación de un ordenamiento extranjero, sino una mera facultad, que podrá ejercerse incluso aunque aquél no sea invocado por las partes. En consecuencia, como señaló la Resolución de 20 de enero de 2011, el registrador, pese a que quien insta la inscripción no acredite el contenido del ordenamiento extranjero de acuerdo a los imperativos expuestos, podrá aplicar un Derecho extranjero si tiene conocimiento de él o indaga su contenido y vigencia. En caso contrario, deberá suspender la inscripción.» Por tanto, no habiéndose probado el contenido y vigencia del Derecho holandés en los extremos indicados por el registrador, procede confirmar la calificación impugnada en cuanto al defecto ahora examinado.

6. El siguiente defecto señalado en la calificación que debe ser examinado consiste en que, a juicio del registrador, «no cabe que, pactándose un tipo de interés fijo, se deje al arbitrio de la entidad acreedora la modificación del mismo una vez llegada una fecha determinada, sin que se establezca, además, cuál será el tipo aplicable tras la modificación o las fórmulas para hallarlo y el tipo máximo que puede alcanzar, ni las veces que podrá ser modificado, siendo única y exclusivamente la voluntad de la acreedora la que determine tal interés, que resulta, por ello, indeterminado. Dicho pacto, además, no ha sido negociado individualmente con el deudor, sino que forma parte de las «Disposiciones Generales sobre Préstamos de Abn Amro».

Este defecto (que el Notario comparte, según manifiesta en sus alegaciones, y del que advirtió a las partes en el acto de otorgamiento), debe ser igualmente confirmado, en los dos aspectos a que se refiere, esto es, falta de determinación y falta de objetividad. En

efecto, como ya dijera este Centro Directivo en su Resolución de 14 de enero de 1991, la admisibilidad de las hipotecas que garanticen intereses variables está subordinada a que los intereses pueden ser determinados en su día por un factor objetivo y que se señale un límite máximo de la responsabilidad hipotecaria. Comenzando por el primer aspecto de la cuestión, como afirmó este Centro Directivo en su Resolución de 7 de septiembre de 1988 (en relación con una cláusula de intereses variables en que se establecía que el tipo de interés anual aplicable sería idéntico al que rija en el mismo banco prestamista como tipo de interés preferencial para préstamos con garantía hipotecaria), «es evidente que la estipulación va contra la norma que establece que «la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes» (cf. artículos 1.256 del Código civil y 10-C 2.º de la Ley de Defensa de los Consumidores)».

No cabe objetar que los nuevos intereses no vinculan necesariamente a los prestatarios puesto que éstos tienen la facultad de optar por devolver el préstamo a la fecha de la revisión de los intereses (el 1 de enero de 2017). Como señaló la citada Resolución «analizados los efectos previstos, resulta que, aun pasado el año (en este caso la indicada fecha de revisión), el prestatario está vinculado (si no varían los intereses) y, en cambio, el contrato queda al arbitrio del Banco que podría ponerle fin, al término de cada año, por la vía práctica de aumentar a su capricho los intereses, con grave detrimento no sólo de los intereses del deudor sino también del tercer poseedor y, por ende, del tráfico inmobiliario». Tampoco puede acogerse favorablemente la alegación del recurrente en el sentido de que en las «Disposiciones Generales sobre Préstamos de Abn Amro y que constan adjuntadas al préstamo hipotecario, en su Disposición Tercera se señala que las partes deberán llegar a un acuerdo en cuanto a la modificación del tipo de interés», pues, sobre lo señalado anteriormente (y sin prejuzgar ahora el cumplimiento de los requisitos de incorporación y transparencia previstos en la legislación sobre condiciones generales de la contratación y de protección de consumidores y usuarios), lo cierto es que el propio contrato se remite a las citadas condiciones generales exclusivamente de forma supletoria y respecto a «lo no dispuesto específicamente en el Contrato de Préstamo», siendo así que en el presente caso no hay laguna regulatoria contractual alguna, sino previsión explícita por la que se faculta expresamente a la entidad prestamista para revisar los intereses llegada la fecha prevista (1 de enero de 2017). Además, cotejado el documento incorporado a la escritura transcribiendo las citadas condiciones generales, resulta que en la referida disposición tercera se contienen previsiones ajenas al tema ahora tratado («Garantías y declaraciones»).

7. Una vez determinada la confirmación del defecto impugnado por infringir la citada cláusula el artículo 1256 del Código Civil, no es necesario entrar a prejuzgar si la misma, además, como afirma el registrador, debe ser calificada legalmente como abusiva conforme al número 3 del artículo 85 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, al no resultar del título que haya sido negociada individualmente y por resultar su carácter abusivo delimitado de forma completa por los referidos preceptos legales, sin referencia alguna a la apreciación de circunstancias subjetivas que hagan precisa, para su declaración como abusivas, una previa resolución judicial. Como ha afirmado recientemente el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), en su Sentencia número 241/2013, de 9 mayo, «206. El artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE dispone que «[l]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible»», precepto del que hace una interpretación a «contrario sensu» en los siguientes términos: «207. La interpretación a contrario sensu de la norma transcrita es determinante de que las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se sometan a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible»; estableciendo respecto del control de abusividad de las cláusulas no negociadas individualmente relativas al objeto principal del contrato la siguiente conclusión: «215. Sentado lo anterior cabe concluir: a) Que el cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente,

aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente. b) Que la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato». Al no haber alegado el registrador nada en relación con el previo control de transparencia, no procede entrar a verificar un control de abusividad respecto de una cláusula (intereses variables) que por referirse al objeto principal del contrato de préstamo hipotecario sólo procede cuando previamente se ha constatado su falta de transparencia en los términos indicados (vid. Resolución de 13 de septiembre de 2013).

8. En cuanto al segundo aspecto del defecto (que denuncia infracción del principio de especialidad y determinación hipotecaria), hay que recordar que es doctrina consolidada de este Centro Directivo (en especial a partir de las Resoluciones de 26 y 31 de octubre de 1984, y en otras muchas posteriores citadas en los «Vistos») que la garantía de los intereses sujetos a fluctuación, desde el momento en que a través del asiento registral no puede determinarse la suma concreta a que en cada período de devengo van a ascender, tan solo cabe a través de una hipoteca de máximo, para las que por exigencia del principio de determinación registral (artículos 12 de la Ley Hipotecaria y 219 de su Reglamento) se requiere señalar el tope máximo del tipo de interés que queda cubierto con la garantía hipotecaria que se constituye y cuya determinación (Resoluciones de 16 de febrero de 1990 y 20 de septiembre de 1996), en cuanto delimita el alcance del derecho real constituido, lo es a todos los efectos, tanto favorables como adversos, ya en las relaciones con terceros, ya en las que se establecen entre el titular del derecho de garantía y el dueño de la finca hipotecada que sea a la vez deudor hipotecario (acciones de devastación, de ejecución hipotecaria, etc.).

En el mismo sentido, las Resoluciones de 8 y 9 de febrero de 2001 señalan lo siguiente: «Es doctrina reiterada de esta Dirección General (vid. Resoluciones de 12 de julio de 1996, 9 de octubre de 1997 ó 3 de diciembre de 1998) que «la garantía hipotecaria de los intereses remuneratorios cuando son variables, pertenece al grupo de la hipoteca de seguridad, lo que exige la fijación de un tipo máximo a la cobertura hipotecaria de dicho interés, tope que, en cuanto especificación delimitadora del contenido del derecho real, opera a todos los efectos legales, favorables o adversos, y tanto en las relaciones entre el acreedor hipotecario y el deudor hipotecante como en las que se producen entre aquél y el tercer poseedor, o los titulares de derechos reales o cargas posteriores sobre la finca gravada, adquiridos a título oneroso o gratuito. Esta exigencia no puede, pues, entenderse satisfecha con la fijación de un máximo de responsabilidad que claramente se concreta a las relaciones con terceros, dejando indeterminada la extensión de la cobertura hipotecaria a los intereses remuneratorios entre acreedor y deudor hipotecante, o quien se subroga en la doble posición jurídica de deudor y propietario del bien gravado», por lo que ha de confirmarse el defecto». Doctrina que resulta aplicable el caso objeto del presente recurso, en el que el único límite a la variabilidad de intereses remuneratorios es el que figura en la estipulación quinta en relación con terceros y a los efectos de dar cumplimiento al artículo 114 de la Ley Hipotecaria («5.2. Conforme a lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, la Finca Hipotecada responde, con perjuicio de terceros, hasta la cantidad máxima de dieciocho mil euros (18.000,00) por los intereses ordinarios»). Y lo mismo sucede en relación con los intereses de demora. Y es que el máximo a que se refiere el artículo 114 de la Ley Hipotecaria no está dirigido a operar en el plano de la definición del derecho real de hipoteca a todos los efectos, sino en el de la fijación del número de anualidades por intereses que pueden ser reclamados con cargo al bien hipotecado en perjuicio de terceros (vid. Resolución de 3 de diciembre de 1998). Por ello la doctrina recogida en las referidas Resoluciones de 8 y 9 de febrero de 2001, y demás en ellas citadas, no debe ser confundida con la que establece que los límites que por anualidades señala el reiterado artículo 114 de la Ley Hipotecaria sólo operan cuando exista perjuicio de terceros, al punto de poderse compatibilizar en el sentido de que cuando no se dé aquel perjuicio, puede el ejecutante proceder contra la finca por razón de los intereses debidos, cualquiera que sea el período a que correspondan, siempre que estén cubiertos por la garantía hipotecaria por estar comprendidos dentro del tipo máximo previsto, en tanto que de darse tal perjuicio, tan sólo

podrá hacerlo, aparte de respetando aquel tipo máximo, por los realmente devengados durante los períodos temporales que señala el citado artículo 114 (vid. Resolución de 24 de agosto de 1998).

9. En cuanto al último de los defectos señalados en la nota de calificación, aparece íntimamente relacionado con el antes examinado al consistir en que «Como consecuencia del anterior defecto, debe fijarse un tipo máximo para intereses moratorios, ya que, dada la indeterminación de dichos intereses –que según la escritura se calcularán añadiendo un punto (sic) mensualmente al interés ordinario, sin que se limite tal incremento temporal ni numéricamente ni conste tampoco determinado el tipo de interés ordinario que servirá para su cálculo–, de la cláusula de constitución de hipoteca y responsabilidad hipotecaria no resulta que se haya respetado el máximo legal establecido en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria». La misma doctrina expuesta en el fundamento de Derecho anterior lleva a la confirmación del defecto ahora examinado, pues resulta evidente que definiéndose los intereses de demora por adición de un diferencial al interés ordinario, adoleciendo éste de indeterminación el mismo defecto se extiende a aquéllos.

Y por el mismo motivo se debe confirmar la indeterminación que igualmente aqueja a la escritura en relación con el cumplimiento o no del límite establecido en el citado artículo 114 de la Ley. En efecto, como ha señalado en ocasiones anteriores este Centro Directivo (vid. Resoluciones de 23 de febrero y 8 de marzo de 1996, posteriormente confirmada en otras como las de 9 de octubre de 1997 y 9 de febrero de 2001), «conforme al artículo 114 de la Ley Hipotecaria, la delimitación de la responsabilidad hipotecaria por intereses en perjuicio de tercero tiene un límite máximo de cinco anualidades. Ahora bien, dentro de ese máximo la Ley posibilita la libertad de pacto, la cual puede ejercitarse, bien fijando un número de años distinto, dentro del máximo de cinco, que en conjunción con el tipo de interés previamente establecido determinará ese máximo de responsabilidad por intereses, ajustado a las exigencias del principio de especialidad (cfr. artículo 12 de la Ley Hipotecaria), bien fijando, simplemente, una cantidad máxima (que no habrá de exceder del resultado de aplicar el tipo máximo de interés establecido a un período de cinco años (cfr. artículo 220 del Reglamento Hipotecario)».

En consecuencia, siendo admisible que la responsabilidad por intereses se fije hasta una cantidad máxima, desde el momento en que ésta no puede exceder del resultado de aplicar a un período de cinco años el tipo de interés máximo establecido, la determinación de cuál haya de ser ese tipo es de todo punto necesaria. Dicho en otras palabras, la falta de fijación de un tipo de interés máximo impide discernir el cumplimiento o no del límite del artículo 114 de la Ley Hipotecaria.

En suma, la imposibilidad de apreciar el cumplimiento o no de ese límite legal, viene determinado por el hecho de que a lo largo de la escritura no se haya establecido, tratándose de un interés variable, un tipo máximo del tipo de interés, que por un lado sirva para delimitar el alcance del derecho real constituido y, por otro, permita a los efectos del artículo 114 de la Ley Hipotecaria poder calcular si la cantidad alzada establecida como responsabilidad por intereses respeta el límite de los cinco años al tipo máximo establecido (vid. entre otras, Resoluciones de 24 de agosto de 1998, 21 de diciembre de 2007 y 14 de enero y 1 y 8 de febrero de 2008).

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la calificación registral en los términos que resultan de los fundamentos de Derecho anteriores.

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, 31 de octubre de 2013.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.