

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

8901 *Resolución de 11 de junio de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Sant Feliú de Llobregat n.º 1, por la que se deniega la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario.*

En el recurso interpuesto por don Ariel Sultán Benguigui contra la nota de calificación de la Registradora de la Propiedad de Sant Feliú de Llobregat número 1 Doña María Eugenia Herrero Oliver, por la que se deniega la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el Notario de Barcelona don Ariel Sultán Benguigui el 8 de noviembre de 2019 Don E. A. C. y Doña M. B. R. constituyen hipoteca sobre las participaciones indivisas de 106/3650 avas partes de las plazas de aparcamiento número 43 y 44 de la finca 24040 de Sant Feliú de Llobregat a favor de Caixa Crèdit dels Enginyers S.C.C. en garantía de un préstamo.

II

Presentada esta escritura mediante proceso telemático, a las 10 horas 45 minutos del día ocho de noviembre de dos mil diecinueve, motivó el asiento número 1563 del Diario 253,y fue objeto de la siguiente nota de calificación: En el día de la fecha el documento a que se refiere el apartado anterior, presentado por vía telemática y del que con fecha doce de diciembre de dos mil diecinueve, se aportó, por vía telemática por el presentante, documentación complementaria, ha sido calificado por el Registrador que suscribe en los siguientes términos: «(...) 1) Previa escritura de compraventa defectuosa. 2) En el cuerpo de la escritura que motiva el presente asiento, concretamente en la participación de finca que se describe con el n.º 3, plaza de parking 44, se constituye hipoteca sobre una participación del 106/3650 avas partes indivisas de finca. Sin embargo, según los libros del Registro de la Propiedad, la participación que corresponde a dicha plaza de parking es de 125/3650 avas partes indivisas, tal y como consta en la nota simple informativa protocolizada. 3) En la constitución de Hipoteca en su apartado c) se garantiza por intereses de demora, por el plazo de un año, al tipo de interés ordinario pactado más un diferencial de tres puntos, según se establece en la cláusula de intereses de demora y, hasta un máximo a efectos hipotecarios del 9%. Es de advertir que también ha sido calculado en esos términos en el cuadro de distribución hipotecaria que se protocoliza.

Fundamentos de derecho.

Primero. Conforme al párrafo primero del artículo 18 de la Ley Hipotecaria los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro.

Segundo. En el presente caso, no se practica la operación registral solicitada por los motivos expresados. En cuanto a los defectos 1) Conforme al principio de tracto

sucesivo (artículo 20 de la Ley Hipotecaria) la finca ha de constar inscrita a favor del transmitente. "Para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre se otorguen los actos referidos". 2) Conforme a los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 de su Reglamento, el Registrador califica bajo su responsabilidad los documentos presentados, extendiéndose la calificación –entre otros extremos– a "los obstáculos que surjan del Registro", a "la legalidad de sus formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicite la inscripción", a "las que afecten a la validez de los mismos, según las leyes que determinan la forma de los instrumentos" y a "la no expresión, o la expresión sin claridad suficiente, de cualquiera de las circunstancias que, según la Ley y este Reglamento, debe contener la inscripción, bajo pena de nulidad". 3) Las normas sobre fijación del tipo de interés moratorio recogidas en los artículos 25 de la Ley 5/2019, de 15 de Marzo, y 114.3 de la Ley Hipotecaria, no admiten "pacto en contrario" según establecen expresamente dichos artículos, y ello ni siquiera en beneficio del prestatario consumidor pues en el apartado IV del Preámbulo se indica que la finalidad de la LCI, en este ámbito, ha sido "sustituir el régimen vigente, en el que existía cierto margen a la autonomía de la voluntad de las partes, por normas de carácter estrictamente imperativo". Resulta que para el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del período en el que aquel resulte exigible, así como que el interés de demora sólo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrá ser capitalizado en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y fijándose además que las reglas relativas al interés de demora contenidas en el propio párrafo no admitirán pacto en contrario.

Tercero. La calificación de los documentos presentados en el Registro se ha de entender a los efectos de extender, suspender o denegar la inscripción, anotación, nota marginal o cancelación solicitada, y no impedirá el procedimiento que pueda seguirse ante los Tribunales para que los interesados contiendan entre sí sobre la validez o nulidad del título, ni prejuzgará los resultados del mismo procedimiento, de conformidad con los artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 101 de su Reglamento.

Cuarto. Esta calificación será notificada en el plazo de diez días desde su fecha al presentante del documento y al funcionario que lo haya expedido, de conformidad con lo previsto en los artículos 322 de la Ley Hipotecaria y 58 y 59 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Parte dispositiva.

Vistos los artículos citados y demás disposiciones de pertinente aplicación Doña María Eugenia Herrero Oliver, Registrador titular del Registro de la Propiedad de Sant Feliú de Llobregat número 1,

ACUERDA: 1.º Calificar el documento presentado en los términos que resultan del apartado segundo de los antecedentes de hecho antes consignados; y 2.º Suspender, en consecuencia, el despacho del título hasta la subsanación en su caso, de los defectos advertidos, desestimando la solicitud de su inscripción. Queda prorrogado el asiento de presentación del precedente documento por el plazo de 60 días contados a partir de la notificación de conformidad a lo dispuesto en el artículo 323 de la Ley Hipotecaria, así como el asiento de presentación número 1562 del Diario 253, por ser conexo con el de la citada escritura defectuosa, el cual será calificado en el plazo de 15 días a partir de la fecha de despacho del título previo, según lo preceptuado en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

Contra esta calificación podrá (...) Este documento ha sido firmado digitalmente por la registradora: doña María Eugenia Herrero Oliver con firma electrónica reconocida. Sant Feliú de Llobregat a 7 de enero de 2020».

Solicitada calificación sustitutoria y habiendo recaído ésta en el Registro de la Propiedad número 1 de Mataró, Don Juan Francisco Tur Vilas, confirmó, el día 29 de enero de 2020, la calificación negativa.

III

Contra la anterior nota de calificación, don Ariel Sultán Benguigui interpone recurso en base a los siguientes argumentos:

Hechos.

I. El día ocho de noviembre de dos mil diecinueve, bajo el número 6762 de mi protocolo, fue autorizada por mí escritura de compraventa. El mismo día, con número 6763, se otorga por la parte compradora y una entidad de crédito, escritura de préstamo con garantía hipotecaria, que financia la operación de compraventa.

II. Presentadas en el Registro de la Propiedad número 1 de Sant Feliú de Llobregat las citadas escrituras números 6762 y 6763, la segunda de ellas, es calificada negativamente con fecha siete de enero de 2020.

III. Con fecha dieciséis de enero de 2020 se solicitó calificación sustitutoria habiendo recaído ésta en el Registro de la Propiedad número 1 de Mataró, cuyo titular, Don Juan Francisco Tur Vilas, confirmó, el día 29 de enero de 2020, la calificación negativa de su compañera Doña María Eugenia Herrero Oliver, Registradora de la Propiedad número 1 de Sant Feliú de Llobregat.

IV. Se acompaña a este escrito testimonio de la citada escritura de préstamo hipotecario número 6.763 de protocolo, así como las notas de calificación antes aludida.

V. Como manifestación de disconformidad a dichas calificaciones negativas se interpone el presente recurso con arreglo a los siguientes,

Fundamentos de Derecho.

Primero. La única cuestión que se debate en este recurso es saber si en la constitución de hipoteca pueden garantizarse los intereses de demora por el plazo de un año, al tipo de interés ordinario pactado más un diferencial de tres puntos, y, hasta un máximo a efectos hipotecarios del 9%. La registradora de la propiedad señala en su nota de calificación que ello no es posible, y afirma que: «Las normas sobre fijación del tipo de interés moratorio recogidas en los artículos 25 de la Ley 5/2019, de 15 de Marzo, y 114.3 de la Ley Hipotecaria, no admiten "pacto en contrario" según establecen expresamente dichos artículos, y ello ni siguiera en beneficio del prestatario consumidor pues en el apartado IV del Preámbulo se indica que la finalidad de la LCI, en este ámbito, ha sido sustituir el régimen vigente, en el que existía cierto margen a la autonomía de la voluntad de las partes, por normas de carácter estrictamente imperativo».

Segundo. En la escritura calificada se ha pactado como un máximo de la responsabilidad hipotecaria de la finca por el concepto de intereses de demora un 9%, pero nótese que ese 9% no es un pacto de intereses de demora sino un límite máximo a la responsabilidad hipotecaria. Los intereses de demora ya están pactados en la escritura en la cláusula sexta: «Si por cualquier causa la parte prestataria se demorase en el pago de las amortizaciones y/o sus intereses y comisiones, estas cantidades devengarán, a favor de la entidad acreedora, por todo el tiempo transcurrido entre la fecha en que se haya producido y el reembolso del exceso, el tipo de interés pactado más un diferencial por retraso de 3 puntos (de conformidad con el artículo 25 de la LCCI y el artículo 114 de la Ley hipotecaria). Asimismo, los intereses de demora solamente se devengarán sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrán ser capitalizados

en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2 a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil». Nunca se podrá reclamar a la parte deudora una cantidad de intereses de demora que sea superior a la pactada. Los intereses de demora pactados respetan el límite legal, siempre estarán sujetos a ese límite legal y así se contempla en la escritura.

Tercero. El principio de determinación registral exige que la responsabilidad hipotecaria quede perfectamente definida en su alcance y extensión, mediante la fijación de un tipo máximo o una cantidad máxima que no infrinjan los límites establecidos en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, y la cláusula puesta en cuestión en la calificación no los infringe porque la cobertura hipotecaria por intereses de demora se ha determinado expresando un número de años de intereses inferior a cinco, que se combina con la fijación de un tipo máximo a efectos hipotecarios. Es importante distinguir entre el posible techo o límite superior de oscilación que se pueda pactar entre las partes respecto a la variabilidad del tipo de interés moratorio, tope con alcance meramente obligacional, del máximo porcentaje que pueda alcanzar dicho interés a efectos de cobertura hipotecaria y que debe incluirse en las escrituras de constitución de hipoteca para dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 114 de la Ley Hipotecaria y 220 de su Reglamento. En nuestro caso los intereses pactados están sujetos a fluctuación, no podría cumplirse con la exigencia de determinación si no se señalara un tope máximo del tipo de interés que quedará cubierto con la garantía hipotecaria y cuya determinación delimita el alcance del derecho real constituido a todos los efectos. Podrá ocurrir que ese máximo pactado de responsabilidad del 9% quede, durante la vigencia del préstamo, por encima o por debajo de los intereses realmente exigibles al deudor.

Cuarto. Por lo que respecta a los intereses ordinarios, como ha puesto de relieve reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado (vid., entre las más recientes, las Resoluciones de 26 de noviembre de 2013 y 28 de mayo de 2014), en cuanto retributivos de la concesión del préstamo o crédito, tienen un origen contractual y sólo se devengan si las partes así lo establecen. Se debe atender al contenido pactado para determinar su cuantía determinada o determinable, así como su vencimiento que puede coincidir o no con el de la obligación principal. Las partes no tienen más límite que el derivado de la aplicación de los principios generales en materia de obligaciones (artículo 1255 del Código Civil), o aquellos derivados de normas que puedan incidir en la validez de lo pactado (usura, condiciones generales). Pactados los intereses remuneratorios de una obligación, la posibilidad de cobertura hipotecaria está expresamente regulada en el ordenamiento jurídico (artículo 12 de la Ley Hipotecaria) pero con la importante matización de que la eficacia «*erga omnes*» derivada de la inscripción en el Registro de la Propiedad impone unas limitaciones que trascienden las propias del Derecho Civil, de modo que los planos, civil e hipotecario, se complementan cada uno en su respectivo ámbito de eficacia. De este modo, la cobertura de garantía de los intereses ordinarios o remuneratorios pactados viene determinada, desde el punto de vista hipotecario, por dos aspectos que no pueden soslayarse. Por un lado, el carácter accesorio de la hipoteca respecto del crédito garantizado (cfr. artículos 104 de la Ley Hipotecaria y 1857 del Código Civil) implica la imposibilidad de discrepancia entre los términos definitorios de la obligación asegurada y los de la extensión objetiva de la hipoteca en cuanto al crédito. Así lo impone la exigencia de claridad y precisión en el contenido de los asientos registrales, imprescindible dada la trascendencia «*erga omnes*» de sus pronunciamientos (vid. Resoluciones de 5 de noviembre de 1999 y 14 de septiembre de 2002).—El ejercicio de la acción hipotecaria «sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo» (artículo 13 0 de la Ley Hipotecaria), la cobertura sólo puede alcanzar a las obligaciones garantizadas en la medida que hayan sido pactadas y con el alcance que hayan sido pactadas (salvo los supuestos en que el nacimiento de la obligación tenga un origen legal). Dicho de otro modo, la cobertura hipotecaria no puede cubrir obligaciones no existentes (vid. Resolución de 11 de octubre de 2004, por todas), ni puede tener por objeto una

obligación distinta a la establecida por las partes o, en su caso, por la Ley. El segundo aspecto que ha de tenerse en cuenta es que la cobertura hipotecaria de los intereses ordinarios o remuneratorios, y también la de los moratorios, está sujeta a unos límites distintos a los propios derivados de las normas generales del ordenamiento civil, límites que son tanto estructurales, en cuanto propios de cualquier derecho real inscrito, como particulares de la obligación accesoria de intereses por decisión expresa del legislador.— La exigencia de determinación propia del Derecho hipotecario, impone a su vez que la obligación garantizada, así como los distintos elementos que conforman su exigibilidad, consten debidamente delimitados ya sea su cuantía, devengo, vencimiento o tope cuando de intereses variables se trate (vid. artículo 9 de la Ley Hipotecaria y Resolución de 23 de octubre de 1987). Por otro lado, especial importancia tiene la limitación temporal de cobertura establecida en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria que impone que, cualquiera que sea la duración de la obligación garantizada y de los intereses remuneratorios pactados, la hipoteca no garantice intereses, ordinarios o moratorios, por plazo superior a cinco años.

Quinto. La Dirección General ha tenido ocasión de pronunciarse en esta materia en diversas resoluciones. La Resolución de 31 de octubre de 2013 ha recordado que es doctrina consolidada de la Dirección General (en especial a partir de las Resoluciones de 26 y 31 de octubre de 1984) 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 o 3 de diciembre de 1998) que la garantía hipotecaria de los intereses remuneratorios (y lo mismo cabe decir de los moratorios (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». Pero la doctrina recogida en las referidas Resoluciones de 8 y 9 de febrero de 2001, no debe ser confundida con la que establece que los límites que por anualidades señala los dos primeros apartados del 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. Resoluciones de 24 de agosto de 1998, 31 de octubre y 18 de noviembre de 2013 y 25 de abril de 2014). Por otra parte, el Centro Directivo señala que, en Resolución de 20 de mayo de 1987, los intereses de demora, al generarse como consecuencia de un incumplimiento, tienen por definición carácter eventual o contingente, y como tal tienen carácter de crédito futuro en el momento de la constitución de la hipoteca, por lo cual no sólo su cuantía sino su misma existencia se encuentran en

tal momento en una situación de indeterminación. Como afirmaba la citada Resolución «la distinta naturaleza de uno y otro tipo de intereses (ordinarios y de demora) reclama una configuración diferenciada de la cobertura real asignada a cada uno de ellos. Efectivamente, la estipulación de los segundos anuncia un crédito eventual dependiente de un hecho futuro e incierto, de cuantía indeterminada dentro del límite –tipo impositivo– previsto, lo que determina una garantía real del tipo de las de seguridad», de forma que «en virtud de la exigencia de especialidad (artículo 12 de la Ley Hipotecaria), no cabe entender incluidos bajo la genérica cobertura real por intereses a los devengados en caso de mora; éstos, si pretenden protección hipotecaria, deberán establecerse de forma diferenciada, con señalamiento de un tope máximo y con respeto de las demás exigencias requeridas por las especiales características de las hipotecas de seguridad».

Sexto. En lo que respecta a la configuración de la responsabilidad hipotecaria que garantiza los intereses que se pueden devengar por el concepto de intereses de demora y siempre que se cumplan los límites legales imperativos, como ocurre en este caso, opera la libertad de pacto. No debe confundirse, el hecho de que el tipo máximo de los intereses –ordinarios o moratorios– a efectos hipotecarios tenga alcance tanto «*inter partes*» como «*erga omnes*» en cuanto contribuye a la determinación de la extensión de la cobertura hipotecaria, de modo que más allá de ella no puedan ser satisfechos los intereses devengados directamente con cargo al precio de remate; con que los intereses efectivamente devengados que excedan de tal cobertura, y sean exigibles en las relaciones personales acreedor–deudor (Resoluciones de 28 de septiembre de 2000, 22 de junio de 2001, 10 de marzo de 2008, 28 de mayo de 2014, 2 de febrero de 2015). Tampoco debe confundirse la accesoriedad de la hipoteca respecto de la obligación u obligaciones garantizadas, con la relación que en el plano obligacional deben guardar los distintos tipos de interés garantizados –remuneratorio y moratorio– en determinados supuestos, como cuando así se ha pactado o se trate de préstamos hipotecarios a los que les sea aplicable la normativa sobre consumidores, trasladando esa relación al ámbito del derecho real de hipoteca. Es en este exclusivo ámbito del devengo obligacional de intereses moratorios en el que será aplicable el artículo 114 de la Ley Hipotecaria. Igualmente, sólo en este ámbito obligacional es aplicable la doctrina recogida en las Resoluciones de 30 de marzo y 22 de julio de 2015 y 7 de abril, 20 de junio y 20 de octubre de 2016, relativa a que la cuantía del interés moratorio, dado su carácter indemnizatorio, debe ser siempre igual o superior a la cuantía de los intereses ordinarios. Pero en lo tocante a la configuración de la responsabilidad hipotecaria que garantice los intereses que se puedan devengar por uno u otro concepto y dentro de los límites legales imperativos (artículos 114.2.º y 3.º de la Ley Hipotecaria y 220 del Reglamento Hipotecario), opera la libertad de pacto, la cual puede ejercitarse, bien no garantizando los intereses devengados de un tipo determinado, bien fijando una cobertura en número de años distinta para cada tipo de interés, bien señalando un tipo máximo de cobertura superior a uno respecto del otro, sin que tengan que guardar ninguna proporción ya que estructuralmente nada impide que la garantía de uno u otro tipo de interés sea inferior a los efectivamente devengados, como nada impide que la garantía hipotecaria sólo garantice parte de la obligación principal (artículos 1255 y 1826 del Código Civil). La naturaleza indemnizatoria de los intereses moratorios, que por su propia naturaleza son superiores a los ordinarios, opera en el ámbito obligacional y en nada condiciona, la cuantía de la respectiva garantía; sin que el hecho de que se haya previsto el 3%, implique que ese mismo tipo deba emplearse cuando de los tipos máximos a efectos meramente hipotecarios se trata. En conclusión, las calificaciones negativas parten del presupuesto de que el tipo máximo de los intereses de demora a efectos hipotecarios debe ser necesariamente tres puntos porcentuales por encima del ordinario, pero una cosa es el devengo de intereses en el plano obligacional, y calcular su importe mediante la adición de tres puntos al tipo de interés remuneratorio pactado (art. 25 LCI) y otra cosa es que ese mismo margen deba emplearse para la fijación de la responsabilidad hipotecaria por tal concepto, pues el pacto de cobertura hipotecaria no está sujeto a dicha norma imperativa, prevaleciendo el principio general de libertad

contractual consagrado por el artículo 1.255 del Código Civil, siempre dentro de los límites legales imperativos establecidos por el artículo 114 de la Ley Hipotecaria. El tipo máximo se fija únicamente «a efectos hipotecarios», en el sentido de fijar la extensión de la cobertura hipotecaria de tales intereses, esto es, de definir el alcance del propio derecho real de hipoteca y tanto *inter partes* como *erga omnes* según ha quedado anteriormente expuesto. Por tanto, en sede de intereses variables, el tipo máximo de los intereses moratorios a efectos hipotecarios podrá ser inferior, igual o superior en más de tres puntos al tipo máximo de los intereses remuneratorios a efecto de cobertura hipotecaria pactado.

IV

La registradora emitió informe el día 18 de febrero de 2020, confirmó su nota de calificación y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de derecho

Vistos el artículo 25 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario; artículos 1255 del Código Civil; artículos 9, 12 y 114 de la ley hipotecaria; artículo 51 de su reglamento y Resoluciones de este Centro Directivo de 28 de mayo de 2014, 30 de marzo y 22 de julio de 2015; 7 de abril, 20 de junio y 20 de octubre de 2016; y 25 de enero y 21 de marzo de 2017.

1. Se debate en el presente recurso si es inscribible una escritura de préstamo hipotecario, concedido a una persona física, que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, en el que se pacta como tipo de interés de demora el interés ordinario (que es variable) más un diferencial de tres puntos, mientras que en la cláusula de constitución de hipoteca –al establecer la responsabilidad hipotecaria– se estipula que la hipoteca garantiza los intereses de demora, por el plazo de un año, al tipo de interés ordinario pactado más un diferencial de tres puntos, según se establece en la cláusula de intereses de demora, hasta un máximo a efectos hipotecarios del 9%. La registradora entiende que no se ajusta este tipo máximo a lo establecido por las partes, al haber pactado un tipo del tipo de interés ordinario del 3,5% anual, y dado el carácter imperativo de la Ley de crédito inmobiliario que establece que el interés de demora sea tres puntos por encima del ordinario, por lo que no podría pasar del 6,5%. El notario autorizante que recurre la nota de calificación entiende que el pacto de cobertura hipotecaria no está sujeto a dicha norma imperativa, prevaleciendo el principio general de libertad contractual consagrado por el artículo 1.255 del Código Civil, siempre dentro de los límites legales imperativos establecidos por el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, y que el tipo máximo se fija únicamente «a efectos hipotecarios», en el sentido de fijar la extensión de la cobertura hipotecaria de tales intereses, esto es, de definir el alcance del propio derecho real de hipoteca y tanto *inter partes* como *erga omnes*.

2. Como ha puesto de relieve reiteradamente este Centro Directivo (vid., entre las más recientes, las Resoluciones de 26 de noviembre de 2013, 28 de mayo de 2014 y 21 de marzo de 2017), los intereses ordinarios en cuanto retributivos de la concesión del préstamo o crédito tienen un origen contractual en la medida que sólo se devengan si las partes así lo establecen debiéndose estar al contenido pactado para determinar su cuantía determinada o determinable así como su vencimiento que puede coincidir o no con el de la obligación principal. Las partes no tienen más límite que el derivado de la aplicación de los principios generales en materia de obligaciones (artículo 1255 del Código Civil), o aquellos derivados de normas que puedan incidir en la validez de lo pactado (usura, condiciones generales).

Pactados los intereses remuneratorios de una obligación, la posibilidad de cobertura hipotecaria está expresamente regulada en el ordenamiento jurídico (artículo 12 de la Ley Hipotecaria) pero con la importante matización de que la eficacia «*erga omnes*»

derivada de la inscripción en el Registro de la Propiedad impone unas limitaciones que trascienden las propias del Derecho Civil, de modo que los planos, civil e hipotecario, no se superponen sino que se complementan cada uno en su respectivo ámbito de eficacia. De este modo, la cobertura de garantía de los intereses ordinarios o remuneratorios pactados viene determinada, desde el punto de vista hipotecario, por dos aspectos que no pueden soslayarse.

Por un lado y dado que el ejercicio de la acción hipotecaria «sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo» (artículo 130 de la Ley Hipotecaria), la cobertura sólo puede alcanzar a las obligaciones garantizadas en la medida que hayan sido pactadas y con el alcance que hayan sido pactadas (salvo los supuestos en que el nacimiento de la obligación tenga un origen legal). Dicho de otro modo, la cobertura hipotecaria no puede cubrir obligaciones no existentes (vid. Resolución de 11 de octubre de 2004, por todas), ni puede tener por objeto una obligación distinta a la establecida por las partes o, en su caso, por la Ley. El carácter accesorio de la hipoteca respecto del crédito garantizado (cfr. artículos 104 de la Ley Hipotecaria y 1857 del Código Civil) implica la imposibilidad de discrepancia entre los términos definitorios de la obligación asegurada y los de la extensión objetiva de la hipoteca en cuanto al crédito. Así lo impone la exigencia de claridad y precisión en el contenido de los asientos registrales, imprescindible dada la trascendencia «*erga omnes*» de sus pronunciamientos (vid. Resoluciones de 5 de noviembre de 1999 y 14 de septiembre de 2002).

El segundo aspecto que ha de tenerse en cuenta es que la cobertura hipotecaria de los intereses ordinarios o remuneratorios, y también la de los moratorios, está sujeta a unos límites distintos a los propios derivados de las normas generales del ordenamiento civil, límites que son tanto estructurales, en cuanto propios de cualquier derecho real inscrito, como particulares de la obligación accesoria de intereses por decisión expresa del legislador.

La exigencia de determinación propia del Derecho hipotecario, impone a su vez que la obligación garantizada, así como los distintos elementos que conforman su exigibilidad, consten debidamente delimitados ya sea su cuantía, devengo, vencimiento o tope cuando de intereses variables se trate (vid. artículo 9 de la Ley Hipotecaria y Resolución de 23 de octubre de 1987). Por otro lado, especial importancia tiene la limitación temporal de cobertura establecida en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria que impone que, cualquiera que sea la duración de la obligación garantizada y de los intereses remuneratorios pactados, la hipoteca no garantice intereses, ordinarios o moratorios, por plazo superior a cinco años.

La Resolución de 31 de octubre de 2013 ha recordado 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 o 3 de diciembre de 1998) que «la garantía hipotecaria de los intereses remuneratorios [y lo mismo cabe decir de los moratorios]

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».

Pero 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 los dos primeros apartados del 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. Resoluciones de 24 de agosto de 1998, 31 de octubre y 18 de noviembre de 2013 y 25 de abril de 2014).

Por otra parte, como ya se expuso por este Centro Directivo en su Resolución de 20 de mayo de 1987, los intereses de demora, al generarse como consecuencia de un incumplimiento, tienen por definición carácter eventual o contingente, y como tal tienen carácter de crédito futuro en el momento de la constitución de la hipoteca, por lo cual no sólo su cuantía sino su misma existencia se encuentran en tal momento en una situación de indeterminación. Como afirmaba la citada Resolución «la distinta naturaleza de uno y otro tipo de intereses [ordinarios y de demora] reclama una configuración diferenciada de la cobertura real asignada a cada uno de ellos. Efectivamente, la estipulación de los segundos anuncia un crédito eventual dependiente de un hecho futuro e incierto, de cuantía indeterminada dentro del límite –tipo impositivo– previsto, lo que determina una garantía real del tipo de las de seguridad», de forma que «en virtud de la exigencia de especialidad (artículo 12 de la Ley Hipotecaria), no cabe entender incluidos bajo la genérica cobertura real por intereses a los devengados en caso de mora; éstos, si pretenden protección hipotecaria, deberán establecerse de forma diferenciada, con señalamiento de un tope máximo y con respeto de las demás exigencias requeridas por las especiales características de las hipotecas de seguridad».

En consecuencia no debe confundirse, a estos efectos, el hecho de que el tipo máximo de los intereses –ordinarios o moratorios– a efectos hipotecarios (de fijación obligatoria y no limitada cuantitativamente, salvo supuestos especiales como el del artículo 114, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria) tenga alcance tanto «*inter partes*» como «*erga omnes*» en cuanto contribuye a la determinación de la extensión de la cobertura hipotecaria, de modo que más allá de ella no puedan ser satisfechos los intereses devengados directamente con cargo al precio de remate; con que los intereses efectivamente devengados que excedan de tal cobertura, por no existir limitación a efectos obligacionales (que no es necesaria) o por ser la misma superior al tipo hipotecario máximo, sean exigibles en las relaciones personales acreedor–deudor (Resoluciones de 28 de septiembre de 2000, 22 de junio de 2001, 10 de marzo de 2008, 28 de mayo de 2014, 2 de febrero de 2015 y demás citadas en los «Vistos»).

Tampoco debe confundirse la accesoriedad de la hipoteca respecto de la obligación u obligaciones garantizadas, con la relación que en el plano obligacional deben guardar los distintos tipos de interés garantizados –remuneratorio y moratorio– en determinados supuestos, como cuando así se ha pactado o se trate de préstamos hipotecarios a los que les sea aplicable la normativa sobre consumidores, trasladando esa relación al ámbito del derecho real de hipoteca.

Es en este exclusivo ámbito del devengo obligacional de intereses moratorios en el que la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 fijó como criterio objetivo

de abusividad, para el caso de ser aplicable la normativa de protección de los consumidores (el que los intereses moratorios no puedan ser superiores en más de dos puntos a los intereses ordinarios pactados). Y lo mismo ocurre con el límite que en la actualidad establece el artículo 24 de la ley 5/2019 de crédito inmobiliario para los préstamos que estén dentro de su ámbito de aplicación, como ocurre en el caso que nos ocupa. E, igualmente, sólo en este ámbito obligacional es aplicable la doctrina de este Centro Directivo, recogida en las Resoluciones de 30 de marzo y 22 de julio de 2015 y 7 de abril, 20 de junio y 20 de octubre de 2016, relativa a que la cuantía del interés moratorio, dado su carácter indemnizatorio, debe ser siempre igual o superior a la cuantía de los intereses ordinarios.

Pero en lo tocante a la configuración de la responsabilidad hipotecaria que garantice los intereses que se puedan devengar por uno u otro concepto y dentro de los límites legales imperativos (artículos 114.2.º y 3.º de la Ley Hipotecaria y 220 del Reglamento Hipotecario), opera la libertad de pacto, la cual puede ejercitarse, bien no garantizando los intereses devengados de un tipo determinado, bien fijando una cobertura en número de años distinta para cada tipo de interés, bien señalando un tipo máximo de cobertura superior a uno respecto del otro, sin que tengan que guardar ninguna proporción ya que estructuralmente nada impide que la garantía de uno u otro tipo de interés sea inferior a los efectivamente devengados, como nada impide que la garantía hipotecaria sólo garantice parte de la obligación principal (artículos 1255 y 1826 del Código Civil).

3. Por ello, no puede mantenerse la calificación impugnada en cuanto parte del presupuesto de que, aun siendo los intereses variables, el tipo máximo de los intereses de demora a efectos hipotecarios debe coincidir necesariamente con el importe resultante de sumar tres puntos porcentuales al tipo máximo que –únicamente a efectos hipotecarios– se ha fijado para los intereses ordinarios.

En realidad, como resulta de todo lo anteriormente expuesto, los intereses ordinarios y moratorios pactados sólo vinculan su determinación a efectos hipotecarios en cuanto que, por aplicación de la accesoriedad de la hipoteca, ésta en ningún caso podrán garantizar intereses que no se puedan devengar en el plano obligacional, pero por lo demás los contratantes son libres de garantizar los intereses de manera plena o parcial o no garantizarlos y ello, independientemente en cuanto a ambos tipos de interés. La naturaleza indemnizatoria de los intereses moratorios, que por su propia naturaleza son superiores a los ordinarios, opera en el ámbito obligacional y en nada condiciona, salvo lo señalado anteriormente, la cuantía de la respectiva garantía; sin que el hecho de que se haya previsto el referido margen de tres puntos porcentuales para, mediante su adición al tipo de los intereses ordinarios, calcular el importe de los intereses de demora devengados, implique que ese mismo margen deba emplearse cuando de los tipos máximos a efectos meramente hipotecarios se trata (vid. Resoluciones de 28 de mayo de 2014 y 25 de enero de 2017).

Por tanto, en sede de intereses variables, el tipo máximo de los intereses moratorios a efectos hipotecarios podrá ser inferior, igual o superior en más de tres puntos al tipo máximo de los intereses remuneratorios a efecto de cobertura hipotecaria pactado.

4. En la escritura calificada se ha pactado como un máximo de la responsabilidad hipotecaria de la finca por el concepto de intereses de demora un 9%, pero ese 9% no es un pacto de intereses de demora, sino un límite máximo a la responsabilidad hipotecaria. Los intereses de demora ya están pactados en la escritura en la cláusula sexta: «Si por cualquier causa la parte prestataria se demorase en el pago de las amortizaciones y/o sus intereses y comisiones, estas cantidades devengarán, a favor de la entidad acreedora, por todo el tiempo transcurrido entre la fecha en que se haya producido y el reembolso del exceso, el tipo de interés pactado más un diferencial por retraso de 3 puntos (de conformidad con el artículo 25 de la LCCI y el artículo 114 de la Ley hipotecaria). Asimismo, los intereses de demora solamente se devengarán sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2 a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Por tanto, nunca se podrá reclamar a la parte deudora, sujeta a la Ley 5/2019 unos intereses de demora distintos de los previstos legalmente.

Pero el principio de determinación registral exige que la responsabilidad hipotecaria quede perfectamente definida en su alcance y extensión, mediante la fijación de un tipo máximo o una cantidad máxima que no infrinjan los límites establecidos en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, y la cláusula puesta en cuestión en la calificación no los infringe porque la cobertura hipotecaria por intereses de demora se ha determinado expresando un número de años de intereses inferior a cinco, que se combina con la fijación de un tipo máximo a efectos hipotecarios.

Es importante distinguir entre el posible techo o límite superior de oscilación que se pueda pactar entre las partes respecto a la variabilidad del tipo de interés moratorio, tope con alcance meramente obligacional, del máximo porcentaje que pueda alcanzar dicho interés a efectos de cobertura hipotecaria y que debe incluirse en las escrituras de constitución de hipoteca para dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 114 de la Ley Hipotecaria y 220 de su Reglamento.

En nuestro caso los intereses pactados están sujetos a fluctuación (son intereses variables), no podría cumplirse con la exigencia de determinación si no se señalara un tope máximo del tipo de interés que quedará cubierto con la garantía hipotecaria y cuya determinación delimita el alcance del derecho real constituido a todos los efectos. Podrá ocurrir –como señala correctamente el recurrente– que ese máximo pactado de responsabilidad del 9% por ciento quede, durante la vigencia del préstamo, por encima o por debajo de los intereses realmente exigibles al deudor. Todo dependerá de la evolución del tipo de interés ordinario variable; de si la ejecución tiene lugar frente al deudor o por acción real frente a un tercer poseedor que pueda no estar sometido a la ley 5/2019; y de que se haya o no modificado legalmente en el momento de la ejecución el tipo de interés demora fijado actualmente por la citada ley.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado la estimación del recurso y la revocación de la nota de calificación.

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, 11 de junio de 2020.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.