

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

9295 *Resolución de 28 de julio de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Alcalá de Henares n.º 5 a inscribir una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.*

En el recurso interpuesto por don Norberto González Sobrino, notario de Madrid, contra la negativa de la registradora de la Propiedad de Alcalá de Henares número 5, doña María Dolores Nardiz Prado, a inscribir una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.

Hechos

I

Mediante escritura otorgada el día 4 de marzo de 2020 ante el notario de Madrid, don Norberto González Sobrino, con el número 395 de protocolo, se formalizó un préstamo con garantía hipotecaria sujeto a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

Entre otros pactos, se fijaba un interés anual del 2,80% sobre el capital que se adeudase, inalterable hasta el día 10 de marzo de 2021, y se revisaría cada doce meses; el tipo de demora era «el tipo de interés pactado más un diferencial por retraso de 3 puntos (de conformidad con el artículo 25 de la LCCL y el artículo 114 de la Ley hipotecaria)». Asimismo, se añadía lo siguiente: «1.2. Responsabilidad hipotecaria: La finca y la participación indivisa de finca descritas sobre las que se constituye la presente hipoteca responderán, frente a un posible incumplimiento de la parte deudora, de las siguientes cantidades y conceptos: a) Del capital prestado, esto es, ciento un mil euros (101.000). b) Del pago de los intereses ordinarios por plazo de un año, a razón del tipo inicialmente pactado, y hasta un máximo, a efectos hipotecarios, del 3,50% anual. c) Del pago de los intereses de demora por 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 9,00% anual».

II

Presentada copia autorizada de dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Alcalá de Henares número 5, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Escritura de "Préstamo con Garantía Hipotecaria" otorgada el día 04/03/2020, ante el Notario de Madrid, Don Norberto González Sobrino, número 395/2020 de su protocolo.

I. Hechos.

Teniendo entrada en este Registro a las 18: 08 horas, del día 05/03/2020, con el número 1732 de entrada, fue presentada mediante copia telemática de la misma a las 09:00 horas del día 06/03/2020, bajo el asiento número 1621 del Libro Diario número 103, siendo aportado el día 14/04/2020, telemáticamente y con número de entrada 2214/2020, justificación de la autoliquidación del I.T.P./A.J.D., Mod. 601.

Fundamentos de Derecho.

La escritura objeto de calificación fija como responsabilidad hipotecaria: a) el pago de los intereses ordinarios por plazo de 1 año, a razón del tipo inicialmente pactado y hasta un máximo, a efectos hipotecarios, del 3,50% anual; b) el pago de los intereses de

demora por plazo de 1 año al tipo de interés ordinario pactado más un diferencial de 3 puntos, según se establece en la cláusula de intereses de demora y hasta un máximo a efectos hipotecarios del 9 %. Este interés máximo del 9 % anual supera los límites establecidos en el artículo 114.3 ley Hipotecaria y el artículo 25 de la ley 5/2019 de Crédito Inmobiliario, donde expresamente se recoge que "las reglas relativas al interés de demora contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario".

El preámbulo de la Ley 5/2019, al referirse a la nueva regulación del contrato de préstamo y de los intereses de demora, justifica la sustitución del régimen anterior, en el que se admitía cierto margen a la autonomía de la voluntad como reconoció la Dirección General de los Registros y del Notariado, en la actualidad Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de acuerdo con el R.D. 139/2020, de 28 de enero, en resoluciones de 25 de enero de 2017 y 1 de marzo de 2017, por un límite máximo y fijo en su determinación y así impedir la inclusión de cláusulas abusivas.

Y ese criterio de no admitir pacto alguno en contrario, ni siquiera en beneficio del deudor, es el mantenido por la D.G.R.N., hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en las resoluciones de 5 de diciembre y 19 de diciembre de 2019: "Ciertamente, atendiendo a la interpretación literal y teleológica del artículo 28.3 de la Directiva 2014/17/UE, se podría haber transpuesto mediante una norma que respecto de los préstamos incluidos en el ámbito objetivo de la misma estableciera un tipo de demora legal máximo, imperativo para la entidad prestamista, pero que no impidiera pactar un tipo inferior -o incluso de no pactarse tipo de interés de demora alguno- en beneficio del prestatario, fiador o garante que tenga la consideración de consumidor. No obstante, dicha norma de la Directiva deja margen a las normas de transposición de la misma para que en el Derecho nacional se establezca un concreto tipo legal de demora que no admita pacto en contrario, logrando así una mayor certeza y seguridad jurídica (en tanto en cuanto excluye inequívocamente el control de abusividad de la cláusula -cfr., artículo 1.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, según el cual "las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas... no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva" y, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 y 11 de septiembre de 2019.

Así, como expresa el Preámbulo de la Ley 5/2019, "...dota de una mayor seguridad jurídica a la contratación, y se sustituye el anterior régimen de los intereses de demora, en el que únicamente se establecía un límite máximo para cuantificarlos, por un criterio claro y fijo para su determinación...".

Por otra parte, el artículo 3, párrafo primero, de la misma Ley 5/2019 establece que "las disposiciones de esta Ley y las contenidas en sus normas de desarrollo tendrán carácter imperativo, no siendo disponibles para las partes contratantes salvo que la norma expresamente establezca lo contrario, y el apartado 2 del artículo 25 de la Ley 5/2019 no sólo no establece el carácter dispositivo de la norma de fijación de un específico interés legal de demora, sino que determina expresamente que las reglas relativas al interés de demora contenidas en el apartado 1 del mismo artículo "no admitirán pacto en contrario". De este modo, frente al régimen general de autonomía de la voluntad dentro de los límites legales en la contratación, el legislador español ha optado por un régimen de exclusión de la misma en materia de intereses de demora, con el fin de evitar cualquier discusión sobre la transparencia o abusividad de la cláusula reguladora de dichos intereses. Se trata, pues, de una decisión de política legislativa que excluye por completo la negociación...".

Se considera defecto subsanable por tanto, el tipo de interés de demora recogido en la escritura objeto de calificación, por la Registradora que suscribe.

Contra la nota del Registrador que suspenda o deniegue total o parcialmente un asiento, el interesado podrá: (...)

Alcalá de Henares a 26 de mayo del año 2020. La Registradora. Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por María Nardiz Prado registrador/a de Registro Propiedad de Alcalá de Henares 5 a día veintiséis de Mayo del año dos mil veinte».

III

Solicitada calificación conforme al cuadro de sustituciones, correspondiéndola misma a la registradora de la Propiedad de Madrid número 13, doña María de los Ángeles Galto-Durán Rivera, quien, el día 8 de junio de 2020, emitió calificación confirmando la calificación de la registradora sustituida.

IV

Contra la nota de calificación sustituida, don Norberto González Sobrino, notario de Madrid, interpuso recurso el día 11 de junio de 2020 mediante escrito con los siguientes fundamentos jurídicos:

«Primero. En la calificación se expresa que la escritura es defectuosa porque el tipo máximo de los intereses de demora que se garantizan con la hipoteca supera los límites establecidos en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria y artículo 25 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo.

La calificación, tal como ha sido formulada por la Registradora de la Propiedad, debe ser revocada, ya que los intereses moratorios de este préstamo están regulados en la cláusula financiera 6 de la escritura calificada, cuyo contenido se ajusta exactamente a lo dispuesto en esos preceptos legales.

El artículo 25 de la Ley 5/2019 y el artículo 114 de la Ley Hipotecaria que se alegan en la calificación negativa recaída no pueden constituir el fundamento de derecho de esa calificación registral, ya que en la escritura calificada se da estricto cumplimiento a lo dispuesto en esos preceptos legales.

Segundo. En la escritura calificada se formaliza un préstamo con un tipo de interés "variable" y, en garantía de dicho préstamo, se constituye una hipoteca que garantiza, además, del capital prestado, determinadas cantidades de intereses ordinarios y determinadas cantidades de intereses de demora de dicho préstamo

Al tratarse de un préstamo en el que se pacta un tipo de interés ordinario "variable" (con sucesivas revisiones anuales), se acuerda por las partes contratantes que los intereses ordinarios que se garantizan con la hipoteca sean –únicamente a efectos hipotecarios– los intereses ordinarios de un año hasta un tipo máximo del 3,50% anual.

Como el tipo de interés ordinario del préstamo es variable, el interés de demora de dicho préstamo también será un tipo "variable", de tal modo que la garantía hipotecaria de los intereses de demora (sujetos a variabilidad o fluctuación) sólo será posible a través de una hipoteca de máximo o de seguridad, por lo que, por exigencias del principio de determinación registral, se requiere señalar el tope máximo de tipo de interés de demora que quedará cubierto con la garantía hipotecaria que se constituye. Todo ello se cumple perfectamente en la escritura calificada al acordarse que la hipoteca garantizará –únicamente a efectos hipotecarios– intereses de demora por plazo de un año al tipo pactado (tipo de interés ordinario más tres puntos), hasta un máximo –a efectos hipotecarios– del nueve por ciento (9%) anual.

Tercero. El hecho de que en el ámbito obligacional los intereses de demora pactados no puedan ser superiores a los establecidos en el artículo 25 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, es decir, no pueden ser superiores al tipo de los intereses ordinarios más tres puntos porcentuales, no impide que –únicamente a efectos hipotecarios– es decir, en lo tocante a la configuración de la responsabilidad hipotecaria que garantice los intereses del préstamo, opere el principio de libertad de pacto, de tal modo que podrá constituirse una hipoteca que no garantice ninguna cantidad en concepto de intereses moratorios y también podrá constituirse una hipoteca que garantice intereses moratorios por un plazo que no exceda de cinco años a un tipo máximo que podrá ser inferior, igual o superior en más de tres puntos al tipo máximo del 3,50% anual que –únicamente a efectos hipotecarios– se ha fijado para los intereses ordinarios, ya que los contratantes tienen libertad para determinar el tipo máximo de intereses ordinarios y/o moratorios que se garantizan con la hipoteca, sin que el tipo máximo de intereses ordinarios

garantizados con la hipoteca condicione o limite el tipo máximo de los intereses de demora que se pueden garantizar con esa misma hipoteca.

Cuarto. La calificación registral recaída confunde el plano obligacional, en el que opera lo previsto en la cláusula financiera 6 de la escritura, en la que se cumple estrictamente el artículo 25 de la Ley 5/2019, con el plano real o de la cobertura hipotecaria, en el que hay libertad de pacto de las partes contratantes para determinar –únicamente a efectos hipotecarios– el tipo máximo de los intereses de demora que garantiza la hipoteca.

Quinto. De acuerdo con las resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de 25 de enero de 2017 y de 21 de marzo de 2017 (publicadas en el Boletín Oficial del Estado de 14 de febrero y de 6 de abril de 2017, respectivamente), en sede de intereses variables, el tipo máximo de los intereses moratorios garantizados con la hipoteca podrá ser inferior, igual o superior (en más de tres puntos) al tipo máximo de los intereses remuneratorios garantizados, por lo que es perfectamente inscribible una hipoteca que garantice intereses de demora de un año a un tipo máximo del 9% anual, aunque esa misma hipoteca garantice –únicamente a efectos hipotecarios– intereses ordinarios de un año a un tipo máximo de solo un 3,50% anual.

Sexto. Debe tenerse en cuenta que, como decía la resolución de 25 de enero de 2017, "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...".

De acuerdo con la doctrina que resulta de la resolución de ese centro directivo de 21 de marzo de 2017, la calificación negativa recaída no puede mantenerse en cuanto parte del presupuesto erróneo 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 del 3,50% que –únicamente a efectos hipotecarios– se ha fijado para los intereses ordinarios.

Conforme a esa resolución citada, "los intereses ordinarios y moratorios pactados sólo vinculan su determinación a efectos hipotecarios en cuanto que, por aplicación de la accesoriadad de la hipoteca, ésta en ningún caso podrá 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...".

El hecho de que se haya previsto –en el plano obligacional– el margen de tres puntos porcentuales para, mediante su adición al tipo de los intereses ordinarios, calcular el importe de los intereses de demora devengados, no implica que ese mismo margen deba emplearse cuando de los tipos máximos –a efectos meramente hipotecarios– se trata. El tipo máximo de los intereses moratorios garantizados con la hipoteca puede ser el 9% anual, aunque el tipo máximo de intereses ordinarios que garantiza la hipoteca sea solo el 3,50% anual.

No hay ningún obstáculo en que la hipoteca que se constituye en garantía de un préstamo con interés variable garantice –únicamente a efectos hipotecarios– un tipo máximo de intereses moratorios que sea superior en más de tres puntos al tipo máximo de los intereses ordinarios que se garantizan –únicamente a efectos hipotecarios– con la misma hipoteca.

Séptimo. La Registradora de la Propiedad hace una improcedente referencia en su calificación a la resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 5 de diciembre de 2019, en la que se debatía si era posible pactar, en el ámbito obligacional,

un tipo de interés moratorio superior solo en dos puntos porcentuales al tipo de los intereses ordinarios.

Es evidente que esa no es la cuestión que debe decidirse en el presente recurso, ya que en la escritura calificada se pacta (cláusula financiera 6.^a) que el tipo de interés moratorio será el resultado de adicionar tres puntos porcentuales al tipo de los intereses ordinarios, es decir, lo pactado en la escritura se ajusta exactamente a lo dispuesto de modo imperativo en el artículo 25 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo.

La alegación que hace la Registradora de la Propiedad a esa resolución como fundamento de derecho para suspender la inscripción del título pone de manifiesto la confusión en que se incurre en la calificación recurrida entre el ámbito obligacional, en el que rige el límite de que los intereses moratorios no pueden superar en más de tres puntos porcentuales al tipo de los intereses ordinarios, y el ámbito real o de la cobertura hipotecaria de los intereses, materia en la que rige un principio de libertad de pacto que permite a los contratantes, tratándose de un préstamo con interés variable, bien no garantizar con la hipoteca ninguna cantidad en concepto de intereses de demora o bien garantizar los intereses de demora a un tipo máximo que podrá ser inferior, igual o superior en más de tres puntos al tipo máximo que se haya fijado –únicamente a efectos hipotecarios– para los intereses ordinarios. Si se distinguen adecuadamente esos dos ámbitos, se llegará a la conclusión de que el tipo máximo de los intereses de demora que garantiza la hipoteca no tiene que coincidir necesariamente con el importe resultante de sumar tres puntos porcentuales al tipo máximo del 3,50% anual que –únicamente a efectos hipotecarios– se ha fijado para los intereses ordinarios.

En su virtud, se solicita que se admita el presente escrito, teniendo por interpuesto recurso frente a la calificación recaída, procediendo, previos los trámites oportunos, a dictar resolución por la que se revoque la nota de calificación recurrida y se ordene la inscripción de la escritura calificada».

V

La registradora de la Propiedad de Alcalá de Henares número 5, doña María Dolores Nardiz Prado, informó y elevó el expediente a esta Dirección General mediante escrito de fecha 24 de junio de 2020.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 25 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario; 1255 y 1826 del Código Civil; 9, 12, 18 y 114 de la Ley Hipotecaria; 51 y 220 del Reglamento Hipotecario; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de mayo de 2014, 25 de enero y 21 de marzo de 2017 y 5 de diciembre de 2019, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 5 de marzo, 11 de junio y 14 de julio de 2020.

1. Mediante la escritura que es objeto de la calificación impugnada se formaliza un préstamo sujeto a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en la que se pacta un interés anual del 2,80% sobre el capital que se adeude, que será inalterable hasta el día 10 de marzo de 2021 y posteriormente se revisará cada doce meses; el tipo de demora es «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)». Se añade que «la finca y la participación indivisa de finca descritas sobre las que se constituye la presente hipoteca responderán, frente a un posible incumplimiento de la parte deudora, de las siguientes cantidades y conceptos: a) (...) b) Del pago de los intereses ordinarios por plazo de un año, a razón del tipo inicialmente pactado, y hasta un máximo, a efectos hipotecarios, del 3,50% anual. c) Del pago de los intereses de demora por 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 9,00% anual».

La registradora suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, el interés moratorio máximo a efectos hipotecarios del 9% anual supera los límites establecidos en los artículos 114.3.º de la Ley Hipotecaria y 25 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, pues en la escritura se pacta el pago de los intereses de demora por plazo de un año al tipo de interés ordinario inicialmente pactado (hasta un máximo a efectos hipotecarios del 3,50%) más un diferencial de tres puntos.

El recurrente alega: que en la escritura calificada se da estricto cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 25 de la Ley 5/2019 y 114 de la Ley Hipotecaria; que la calificación registral impugnada confunde el plano obligacional, en el que se cumple el artículo 25 de la Ley 5/2019, con el plano real o de la cobertura hipotecaria, en el que hay libertad de pacto de las partes contratantes para determinar -únicamente a efectos hipotecarios- el tipo máximo de los intereses de demora que garantiza la hipoteca, el cual no debe necesariamente coincidir con el tipo máximo de los intereses remuneratorios garantizados, conforme a las Resoluciones de esta Dirección General de 25 de enero y de 21 de marzo de 2017; mientras que es improcedente la referencia a la Resolución de 5 de diciembre de 2019 porque en ella se debatía si era posible pactar, en el ámbito obligacional, un tipo de interés moratorio superior solo en dos puntos porcentuales al tipo de los intereses ordinarios.

2. El recurso debe ser estimado. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (vid. las Resoluciones 28 de mayo de 2014, 25 de enero y 21 de marzo de 2017 y 20 de marzo, 11 de junio y 14 de julio de 2020) en lo tocante a la configuración de la responsabilidad hipotecaria que se fije en garantía de los intereses ordinarios y de demora que se puedan devengar, dentro de los límites legales imperativos (artículos 25 de la Ley 5/2019, 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 la garantía parcial de la obligación principal.

En este sentido, puede pactarse que la garantía hipotecaria cubra únicamente parte de la obligación, principal o de intereses (artículos 1255 y 1826 del Código Civil). Por ello, no puede mantenerse la calificación impugnada en cuanto parte del presupuesto de que el tipo máximo de los intereses de demora a efectos hipotecarios deba 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, lo que se haya pactado respecto de los intereses ordinarios y moratorios sólo vincula a la hora de la determinación de la responsabilidad asegurada a efectos hipotecarios en cuanto que, por aplicación de la accesoriedad de la hipoteca, ésta en ningún caso podrá garantizar intereses que no se puedan devengar en el plano obligacional. En este sentido la prescripción legal respecto de la determinación de los intereses de demora se cumple al fijar que será el resultado de sumar tres puntos al interés ordinario vigente en cada momento, conforme al artículo 25 de la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. 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 conceptos.

El artículo 25 de la Ley 5/2019 establece que el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales y que esta regla no admite pacto en contrario. Pero ninguna limitación establece en cuanto a la negociación de la cifra de responsabilidad hipotecaria, por lo que -como se ha expresado anteriormente- puede ser inferior a la cifra máxima resultante de sumar tres puntos porcentuales al tipo máximo que -únicamente a efectos hipotecarios- se ha fijado para los intereses ordinarios.

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

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 28 de julio de 2020.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.