

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCR008371

RESOLUCIÓN de 21 de marzo de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Albacete n.º 1, por la que se suspende la inscripción de una escritura de extinción de condominio, subrogación pasiva en préstamo hipotecario, ampliación de capital y modificación del tipo de interés.

*(BOE de 6 de abril de 2017)***SUMARIO:**

Registro de la Propiedad. Hipoteca. Tipo máximo del interés moratorio a efectos de responsabilidad hipotecaria más de dos puntos superior al tipo máximo del interés remuneratorio pactado a efectos hipotecarios. No debe confundirse 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) 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. 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 el Tribunal Supremo ha fijado como criterio objetivo de abusividad, para el caso de ser aplicable la normativa de protección de los consumidores, el que los intereses moratorios no pueden ser superiores en más de dos puntos a los intereses ordinarios pactados. E, igualmente, sólo en este ámbito obligacional es aplicable la doctrina de este Centro Directivo, 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, 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.

PRECEPTOS:

Código Civil, arts. 1.255, 1.273, 1.281, 1.284, 1.285, 1.286, 1.843.3, 1.857, 1.875, 1.911 y 1.964.

Ley Hipotecaria de 1946, arts. 9, 12, 18, 19, 19 bis, 81, 82, 104, 114, 115, 128, 129, 130, 142, 143, 145, 146, 153 y 153 bis.

Decreto de 14 de febrero de 1947 (Rgto. Hipotecario), arts. 51, 219, 220, 235 y 238.

En el recurso interpuesto por doña María Adoración Fernández Maldonado, notaria de Albacete, contra la nota de calificación de la registradora de la Propiedad de Albacete número 1, doña María de los Dolores Payá Roca de Togores, por la que se suspende la inscripción de una escritura de extinción de condominio, subrogación pasiva en préstamo hipotecario, ampliación de capital y modificación del tipo de interés, por razón de la existencia de defectos en la cláusula que regula la de responsabilidad hipotecaria en garantía de los intereses moratorios.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 2 de septiembre del año 2016 por la notaria de Albacete, doña María Adoración Fernández Maldonado, con número de protocolo 1.779, se extinguió el condominio sobre dos fincas del Registro de la Propiedad de Albacete número 1 y, simultáneamente, se procedió a la subrogación pasiva en parte préstamo hipotecario con el consentimiento del acreedor, se amplió el capital del préstamo, se modificó el tipo de interés y se fijó una responsabilidad hipotecaria global en garantía del préstamo primitivo y de su ampliación.

II

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Albacete número 1 el día 2 de septiembre de 2016, fue objeto de inscripción en cuanto a la extinción de dominio y subrogación de hipoteca y se suspendió la inscripción del resto de los conceptos con fecha 24 de octubre de 2016. Dicha escritura de fecha 2 de septiembre de 2016, junto con una diligencia de subsanación de la misma notaria fecha 17 de noviembre de 2016, fue nuevamente presentada en el Registro de la Propiedad de Albacete número 1 el día 18 de noviembre de 2016 bajo el asiento 660 del Diario 150 y número de entrada 4060, y fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro de la Propiedad de Albacete N.º 1. Entrada N.º: 4060 del año: 2016. Asiento N.º: 660. Diario: 150. Presentado el 18/11/2016 a las 09:18. Presentante: Fernández Maldonado, Adoración. Interesados: Naturaleza: Escritura pública Objeto: extinción de comunidad Protocolo N.º: 1779/2016 de 02/09/2016 Notario: María Adoración Fernández Maldonado, Albacete Previa calificación jurídica del precedente documento, en los términos a que se refiere el artículo 18 y demás aplicables de la Ley Hipotecaria, en el día de hoy, se suspende la inscripción de la ampliación y modificación de hipoteca solicitada, por el siguiente defecto: 1) El interés moratorio a efectos de responsabilidad hipotecaria excede en más de dos puntos a los intereses ordinarios pactados. En base a los siguientes: Hechos: 1.º En la Cláusula VIII. responsabilidad hipotecaria, en el apartado relativo a los intereses ordinarios consta lo siguiente: “dos mil quinientos sesenta y ocho euros con cincuenta céntimos de euro equivalentes a 2 años de intereses ordinarios al tipo del 2,335% anual”. 2.º En diligencia de subsanación de fecha 17 de Noviembre de 2016, se sustituye la redacción dada al párrafo intereses de demora por el siguiente: “Un año de intereses moratorios al tipo del nueve enteros por ciento anual, por un total de cuatro mil novecientos cincuenta euros”. Fundamentos de Derecho: 1.º Sentencia del Tribunal Supremo de fecha tres de junio de 2016 en relación con las Sentencias del mismo Tribunal de fecha 22 de abril de 2015 y 23 de diciembre de 2015 y Resolución de fecha 20 de junio de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Este interés moratorio a efectos hipotecarios, no puede exceder en más de dos puntos a los intereses ordinarios pactados, ya que en otro caso, tendrá la consideración de objetivamente abusivos según la jurisprudencia del Tribunal Supremo STS de 3 de junio de 2016, lo que provoca la imposibilidad de inscribir la hipoteca con la responsabilidad hipotecaria plasmada en la estipulación 8.ª, si no se consiente expresamente por las partes su inscripción parcial sin la responsabilidad hipotecaria por intereses moratorios o alternativamente, se adapta de común acuerdo por ambas partes dichas responsabilidad hipotecaria a los estrictos términos de la citada sentencia. 2.º Resolución de la DGRN de fecha 20 de octubre de 2016 “La cuestión de fondo del recurso radica en determinar si la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Junio de 2016, relativa a la determinación de cuando los intereses moratorios de un préstamo hipotecario celebrados por profesionales con consumidores deben considerarse abusivos, es aplicable a las escrituras públicas de ese tipo de contratos, otorgadas antes de dicho fallo”. “Pues bien esa nulidad de una cláusula hipotecaria por abusividad y la consecuencia de que deba tenerse por no puesta, se aplica a todos los préstamos hipotecarios vigentes independientemente del momento de su firma y de si efectivamente se ha hecho uso de esa cláusula, incluso si la hipoteca se ha inscrito en el Registro de la Propiedad”. Respecto a la cláusula “quinta, gastos a cargo de la parte deudora” se han excluido los gastos derivados de la concertación del contrato y de la ejecución (tasación, tramitación del Registro, impuestos, notaría, etc.) por ser abusivos al conllevar para el consumidor un desequilibrio relevante por corresponder al banco como principal interesado algunos de ellos, conforme al artículo 89.2 y 3 LGDCU y STS de 23 diciembre de 2015. Respecto de las demás cláusulas relativas a presentación, advertencias notarias, informaciones tributarias y de la Ley de Protección de datos, así como las informaciones y comunicaciones que, en su caso, figuren contenidas en el precedente documento, no se dejará constancia registral de las mismas por carecer de trascendencia real conforme al artículo 98 de la Ley Hipotecaria y no integrar por tanto la obligación garantizada ni determinar, en su caso, la exigibilidad de dicha obligación ni por lo tanto el vencimiento del derecho real de hipoteca. Por ello el Registrador de la Propiedad que suscribe, previo examen del documento indicado ha resuelto con esta fecha

suspender la inscripción conforme a lo anteriormente expuesto. La precedente calificación podrá (...) Este documento ha sido firmado con firma electrónica reconocida por María Dolores Payá y Roca de Togores registrador/a de Registro Propiedad de Albacete 1 a día veintidós de Diciembre del año dos mil dieciséis».

III

Contra la anterior nota de calificación, doña María Adoración Fernández Maldonado, en concepto de notaria autorizante de la escritura calificada, interpuso recurso el día 18 de enero de 2017 en virtud de escrito y con base en los siguientes argumentos: «(...) Recurso frente a la calificación registral, apoyado en los siguientes fundamentos de Derecho: 1.º Principio de determinación registral: En la escritura calificada, el préstamo hipotecario sobre una vivienda en el que hay una subrogación por el comprador y posterior ampliación, se ajusta en su contenido obligacional a la Sentencia del Tribunal Supremo, 364/2016, de 3 de junio, en cuanto a la fijación de un interés de demora de dos puntos por encima del ordinario pactado. La fijación de los intereses moratorios a efectos hipotecarios no infringe precepto alguno en la cláusula rectificadora, conforme al Artículo 114 LH pues no supera los límites establecidos en el mismo y cumple el principio de especialidad y determinación registral. La Resolución DGRN de 23 marzo 2005 señala que “(...)”. 2.º Calificaciones dispares; Por la misma titular del Registro número 1 se remiten en un breve lapso temporal, sin cambio legal ni doctrinal de la DGRN, calificaciones dispares en cuanto a cláusulas de contenido idéntico y referentes a escrituras y subsanaciones otorgadas por la misma entidad acreedora, produciendo una inseguridad jurídica y distorsión del tráfico jurídico que no puede ser comprendida ni aceptada por el consumidor a quien se pretende proteger, que ya ha comparecido a otorgar una escritura, a rectificarla conforme a un criterio, y al que se pide rectificar nuevamente por cambio de criterio, ni por los restantes funcionarios y entidades que participan en el proceso de formalizar un contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Así: 1. Existe una calificación remitida el día 12 de diciembre de 2016, para una escritura (autorizada con número 2141 de protocolo el día 3 de noviembre del año 2016 cuyo texto testimonio en relación dando fe del mismo, fija en un 12% la responsabilidad a efectos hipotecarios por intereses de demora. Dicha calificación suspende la inscripción solicitada, por el siguiente defecto: 1. Tratándose de un préstamo para la adquisición de vivienda habitual el tipo máximo de interés moratorio a efectos de responsabilidad hipotecaria excede a tres veces el interés legal del dinero, con el mismo fundamento jurídico en la Sentencia citada del TS (...) 2. Siguiendo un “iter calificadorio” y de rectificaciones y presentaciones idéntico, han sido inscritas dos escrituras, autorizadas por mí, y otorgadas por la misma entidad acreedora cuyo contenido es, según doy fe expresamente, con carácter de testimonio en relación, el mismo que la escritura cuya calificación se recurre en este acto, en cuanto a que los otorgantes rectifican únicamente la cláusula de interés de demora en su responsabilidad a efectos hipotecarios fijándola en un 9%, variando lógicamente las cantidades. Las escrituras inscritas estén autorizadas bajo los números de protocolo 1696 (inscrita el día 7 de enero de 2017) y 1243 del año 2016, (inscrita el día 8 de enero de 2017). Por lo expuesto, Solicito la estimación del recurso e inscripción de la escritura de extinción de condominio con subrogación y ampliación de préstamo en su totalidad».

IV

La registradora de la Propiedad emitió el preceptivo informe el día 31 de enero de 2017, manteniendo íntegramente la nota de calificación recurrida, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1255, 1273, 1281, 1284, 1285, 1286, 1843.3, 1857, 1875, 1911 y 1964 del Código Civil; 9, 12, 18, 19, 19 bis, 81, 82, 104, 114, 115, 128, 129, 130, 142, 143, 145, 146, 153 y 153 bis de la Ley Hipotecaria; 51, 219, 220, 235 y 238 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2007, 4 de junio de 2009, 31 de julio de 2014, 12 de enero de 2015 y 3 de junio de 2016, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 y 26 de octubre y 23 de diciembre de 1987, 3 de octubre de 1991, 6 de junio y 24 de julio de 1998, 28 de junio, 18, 26 y 27 de julio y 18 de septiembre de 2012, 3 de octubre de 2014 y 14 de mayo de 2015, respecto de la determinación del derecho real de hipoteca, de 26 y 31 de octubre de 1984, 16 de febrero de 1990, 23 de febrero, 18 de marzo, 1 de abril, 12 de julio, 20 de septiembre y 24 de octubre de 1996, 9 de octubre de 1997, 24 de agosto y 3 de diciembre de 1998, 8 y 9 de febrero de 2001, 24 de mayo de 2005, 21 de diciembre de 2007, 14 de enero, 1 y 8 de febrero y 3 y 14 de diciembre de 2008, 12 de mayo de 2011, 31 de enero, 13 de septiembre, 31 de octubre y 18 de noviembre de 2013, 25 de abril, 28 de mayo, 31 de julio y 31 de octubre de

2014, 17 de noviembre y 21 de diciembre de 2015 y 9 de marzo y 22 de septiembre de 2016, en cuanto a la determinación de la responsabilidad hipotecaria por intereses ordinarios y moratorios, de 28 de septiembre y 6 de noviembre de 2000, 27 de febrero, 13 de marzo, 5 de abril, 16 y 29 de mayo y 11 y 22 de junio de 2001, 10 de abril de 2002, 13 de febrero de 2004, 21 de diciembre de 2007, 18 de febrero y 10 de marzo de 2008, 28 y 29 de mayo de 2014, 14 de enero y 2 y 3 de febrero de 2015 y 25 de enero de 2017, en cuanto a la distinción entre tipo máximo de intereses a efectos hipotecarios y tipo de interés a efectos obligacionales, y de 30 de marzo y 22 de julio de 2015 y 7 de abril, 20 de junio y 20 de octubre de 2016, relativas a relación entre la cuantía del interés moratorio y el ordinario.

1. La única cuestión que se plantea en el presente recurso es si como consecuencia de una escritura de ampliación de capital de un préstamo hipotecario y novación modificativa del mismo, por alteración entre otras circunstancias de los intereses moratorios, con la subsiguiente ampliación de la responsabilidad hipotecaria, es posible que esa nueva responsabilidad hipotecaria por intereses moratorios que garantiza la devolución del nuevo capital concedido se constituya en garantía de «un año de intereses moratorios al tipo del nueve enteros por ciento anual, por un total de cuatro mil novecientos cincuenta euros»; cuando, por un lado, en la cláusula de «intereses de demora», que expresamente se modifica (estipulación cuarta, cláusula financiera VI de la novación) adaptándola a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 en cuanto a la abusividad de los intereses moratorios, se señala que éstos serán el resultado de adicionar dos puntos porcentuales al tipo de interés remuneratorio aplicable en el momento del impago, y, por otro lado, en la propia cláusula de responsabilidad hipotecaria se establece un tipo máximo de intereses ordinarios a efectos hipotecarios del 2,335% anual.

De conformidad con los artículos 324 y 326 de la Ley Hipotecaria y la doctrina de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 16 de febrero de 2005, 5, 17 y 18 de marzo de 2008, 1 de agosto de 2014 ó 25 de enero de 2017), el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad y Mercantil es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa realizada por el registrador titular del Registro en que debe inscribirse el negocio celebrado es o no ajustada a Derecho tanto formal como sustantivamente; no pudiendo entrar a valorar otros posibles defectos que pudiera contener la escritura, ni tampoco aquellos defectos puestos de manifiesto en el nota de calificación que no hubieran sido objeto de impugnación o cuyo recurso hubiere admitido el registrador calificador con ocasión de la confección de su informe.

Del mismo modo, tampoco debe ser objeto de este recurso ni los posibles defectos formales que hubieren podido existir en la notificación al notario autorizante de una nota de calificación anterior a la recurrida; ni las calificaciones dispares en que hubiere incurrido la registradora de la Propiedad en escrituras de constitución de hipoteca de contenido idéntico y coetáneas en el tiempo. Ello es así porque, como ya ha puesto de manifiesto esta Dirección General en Resolución de 29 de octubre de 2015, al margen de la legítima discrepancia de la notaria autorizante con la decisión de la registradora de la Propiedad, la argumentación del recurso debe centrarse en los defectos observados en la nota de calificación recurrida y en la tramitación del procedimiento registral relacionado exclusivamente con la misma, ya que ese es el objeto específico del recurso; debiendo canalizar la recurrente, caso de que lo estime necesario, sus quejas en cuanto al funcionamiento de la oficina registral por las vías adecuadas. Además, en este supuesto, no tiene razón la recurrente en dichas quejas porque la cuestión de la abusividad de los intereses moratorios y su repercusión en la responsabilidad hipotecaria constituye una materia no consolidada doctrinal ni jurisprudencialmente, como lo prueba el criterio variable del propio Tribunal Supremo manifestado en las Sentencias de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero y 3 de junio de 2016, o en la cuestión prejudicial que sobre esa misma materia ha elevado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2. En concreto, respecto de la única cuestión que se debate de este recurso, es decir, si el tipo máximo del interés moratorio a efectos de responsabilidad hipotecaria puede exceder en más de dos puntos del tipo máximo del interés remuneratorios pactado a efectos hipotecarios, la registradora de la propiedad calificador señala en su nota de calificación que ello no es posible porque la aplicación del principio de determinación hipotecaria impone que al establecerse como tipo máximo de intereses ordinarios a estos efectos el 2,335%, el tipo máximo aplicable a los intereses de demora debería ser «4,335»% y no del 9,00% como se pacta, teniendo en cuenta que el tipo de demora obligacional es el resultante de añadir dos puntos al tipo de interés ordinario devengado en el momento del incumplimiento, porque, según su consideración, no se puede establecer un tipo máximo de interés de demora a efectos hipotecarios que no se ajuste a esa misma vinculación respecto del tope máximo de los intereses ordinarios establecido a los mismos efectos y porque de no hacerse así el interés moratorio «tendrá la consideración de objetivamente abusivo».

Por su parte, la notaria recurrente señala, resumidamente, que 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 rectificadora y 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, señalándose a continuación la cifra máxima de responsabilidad subsiguiente. Añade que, a estos efectos, debe distinguirse 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 la escrituras de constitución de hipoteca para dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 114 de la Ley Hipotecaria y 220 de su Reglamento.

3. Como ha puesto de relieve reiteradamente este Centro Directivo (vid., entre las más recientes, las Resoluciones de 26 de noviembre de 2013 y 28 de mayo de 2014), 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 accesorio 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.

4. 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».

5. 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 ha fijado como criterio objetivo de abusividad, para el caso de ser aplicable la normativa de protección de los consumidores, el que los intereses moratorios no pueden ser superiores en más de dos puntos a los intereses ordinarios pactados. 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).

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 dos puntos porcentuales al tipo máximo del 2,335% que - únicamente a efectos hipotecarios- se ha fijado para los intereses ordinarios.

Pero, 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 dos 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 dos puntos al tipo máximo de los intereses remuneratorios a efecto de cobertura hipotecaria pactado.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de la registradora en cuanto al defecto impugnado.

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, 21 de marzo de 2017. El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.