

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

6581 *Resolución de 25 de abril de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Málaga n.º 10 por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.*

En el recurso interpuesto por don Joaquín Mateo Estévez, Notario de Málaga, contra la nota de calificación extendida por el Registrador de la Propiedad de Málaga número 10, don Juan Francisco Ruiz-Rico Márquez, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.

Hechos

I

Mediante escritura otorgada en Málaga, el día 7 de noviembre de 2013, ante su Notario, don Joaquín Mateo Estévez, número 2.345 de su protocolo, la entidad «Caixabank, S.A.», concede a don F. D. B. B. y doña R. M. S. un préstamo con garantía de hipoteca a constituir sobre determinada finca registral de su propiedad.

II

Presentada copia de la citada escritura en el Registro de la Propiedad de Málaga número 10, es calificada en los siguientes términos: «Registro de la Propiedad número diez de Málaga Visto por Juan Francisco Ruiz-Rico Márquez, Registrador titular del Registro de la Propiedad Número Diez, Provincia de Málaga, el procedimiento registral identificado con el número de entrada 3083/2013, iniciado como consecuencia de presentación en el mismo Registro, de los documentos que se dirán, en virtud de solicitud de inscripción. En el ejercicio de la calificación registral sobre la legalidad de los documentos presentados, obrantes en el procedimiento de referencia, resultan los siguientes: Hechos I.—El documento objeto de la presente calificación es el siguiente: escritura otorgada el siete de Noviembre de dos mil trece ante el Notario de Málaga, don Joaquín Castaño Casanova (*sic*), protocolo 2345, que se presentó al Registro telemáticamente a las 15:08 horas del día siete de Noviembre de dos mil trece, asiento 736 del asiento 111.—II.—En dicho documento se ha observado la siguiente circunstancia que ha sido objeto de calificación desfavorable: Única.—No consta en la escritura si el importe del préstamo se destina o no a la adquisición de vivienda habitual, no resultando tampoco del contenido de la escritura que la cantidad garantizada de destina a finalidad distinta de la adquisición de vivienda. En consecuencia, regirá respecto a los intereses de demora la limitación establecida en el artículo 114.3 de la Ley hipotecaria, según su redacción dada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo. Asimismo debe tenerse en cuenta que, respecto a los intereses de demora, consta en el primer párrafo de la cláusula sexta que: “En caso de no satisfacerse a ‘la Caixa’, a su debido tiempo, las obligaciones pecuniarias derivadas del presente contrato, incluso las nacidas por causa de vencimiento anticipado, el capital adeudado, con indiferencia de que se haya iniciado o no su reclamación judicial, devengará día a día intereses de demora, desde el día siguiente inclusive a aquel en que la falta de pago se haya producido hasta el día en que se realice el pago, al doce por ciento nominal anual variable, al alza o a la baja, para ajustarse al resultado de multiplicar por tres el tipo de interés legal del dinero vigente en el momento de su devengo”; en su cuarto párrafo: “No obstante, a efectos hipotecarios, tanto respecto de la parte deudora como de terceros, el tipo garantizado de interés de demora nominal anual aplicable será, como máximo, del trece con quinientos cuarenta y

tres por ciento". Por tanto, se observa una contradicción respecto a los intereses de demora, que resulta contraria al principio de especialidad, resultando además que el tipo de interés de demora máximo del 13,543 por ciento pactado es contrario a la limitación de los intereses de demora establecidos por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, Reestructuración de deuda y alquiler social. Defecto subsanable. III.—En dicho documento se contienen, además, las estipulaciones o partes concretas de las mismas que a continuación se reseñan y que han sido, igualmente, objeto de calificación desfavorable, en base a lo dispuesto en los artículos 19 bis y concordantes de la Ley Hipotecaria, de conformidad con el presentante o interesado, por ser contrarias a la Ley y no ajustarse a las disposiciones legales y reglamentarias que determinan el contenido propio de la inscripción, los requisitos para su extensión y los efectos, por los motivos y fundamentos de derecho que se expresan a continuación de cada uno de ellas: • El apartado 4) del pacto sexto bis, por no preverse sustitución de la garantía conforme al artículo 1.129,3 del Código Civil y no haberse tenido en cuenta la derogación del artículo 5,3 de la Ley del Mercado Hipotecario por la Ley 1/2013, de 4 de mayo, resultando del artículo 1.129 del Código Civil no cabe vencimiento anticipado del préstamo por depreciación causada por razones de mercado, o por cualquier causa que se deba al dolo, culpa o voluntad del propietario o a caso fortuito. • El apartado 6) y el apartado 9) del pacto sexto bis, por limitar la capacidad económica del deudor, pues constituyen pactos que versan sobre materias sustraídas a la autonomía de la voluntad (art. 1.911 del Código Civil) y que produce restricciones a la libertad del tráfico territorial, sin que nada perjudique la situación de concurso a la garantía del acreedor (arts. 1.129.3 y 1.917 del Código Civil y 61,3 Ley Concursal); todo ello conforme, entre otras, a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27/1/86, 5/6/87 y 24/4/1992 y haber sido declarado nula de pleno derecho por abusiva por la STS 792/2009. • El apartado 8) el párrafo comprendido entre las palabras "padeciesen embargo... o los liquidasen"; del pacto sexto bis, por limitar la capacidad económica del deudor, pues constituyen pactos que versan sobre materias sustraídas a la autonomía de la voluntad (art. 1.911 del Código Civil) y que produce restricciones a la libertad del tráfico territorial, sin que nada perjudique la situación de concurso a la garantía del acreedor (arts. 1.129.3 y 1.917 del Código Civil y 61,3 Ley Concursal); todo ello conforme, entre otras, a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27/1/86, 5/6/87 y 24/4/1992 y haber sido declarado nula de pleno derecho por abusiva por la STS 792/2009. De conformidad con lo previsto en el artículo 12 de la Ley Hipotecaria, cuando se subsane el presente documento, en la inscripción se identificarán las obligaciones garantizadas con la hipoteca, expresando el importe de las obligaciones garantizadas, el importe máximo de responsabilidad hipotecaria por cada uno de los conceptos garantizados, y la duración de las obligaciones garantizadas. Igualmente, se inscribirán las cláusulas de vencimiento anticipado y las demás financieras de las obligaciones garantizadas con la hipoteca en los términos que resultan de la escritura de formalización y que no resultan contrarias a normas imperativas o prohibitivas y no han sido declaradas abusivas, de conformidad con lo previsto en la legislación sobre defensa de los consumidores y usuarios. No se han inscrito, por tratarse de contenido ajeno al Registro de la Propiedad, no incluida por la Orden de 5 de mayo de 1994 entre las cláusulas financieras de la operación, y carecer de carácter inscribible, según resulta de los artículos 2 y 98 de la Ley Hipotecaria y 7 de su Reglamento: el pacto cuarto; el pacto quinto; en el pacto sexto bis, el apartado 8) letra a); en el pacto sexto bis, el apartado 8) letra b) el texto comprendido entre las palabras "y la concurrencia... garantías suficientes"; el apartado 10) letras a), b), c), y d), el apartado 10) letra f), el texto comprendido entre las palabras "Si se constituyesen o...de la parte deudora"; el pacto séptimo; el último párrafo del pacto noveno; el pacto duodécimo; y desde el pacto decimocuarto hasta el final de la escritura.—Finalmente, se dejarán fuera del Registro aquellas cláusulas que, por tener carácter meramente informativo carecen de toda trascendencia en la configuración de la hipoteca inscrita y de la obligación garantizada con ella. A los anteriores hechos, son de aplicación los siguientes: Fundamentos de

Derecho: I.—Los documentos de todas clases, susceptibles de inscripción, se hallan sujetos a calificación por el registrador, quien, bajo su responsabilidad, ha de resolver acerca de la legalidad de sus formas extrínsecas, la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos contenidos en los mismos, de conformidad con lo establecido en los artículos 18 y 19 de la Ley Hipotecaria y 98 a 100 del Reglamento para su ejecución. II.—En relación a las circunstancias reseñadas en el Hecho II anterior, además del artículo 114,3 de la Ley Hipotecaria, según su redacción dada por la Ley 41/2007, precepto que establece un único imperativo para los intereses de demora, que no puede superar tres veces el interés legal del dinero, resultan de aplicación los artículos 9,2 y 12 de la Ley Hipotecaria, así como el artículo 51 Regla 6.ª del Reglamento Hipotecario, preceptos que regulan el principio de especialidad, en cuya virtud sólo pueden acceder al Registro derechos perfectamente delimitados en cuanto a su contenido. Asimismo, resulta de aplicación la muy clarificadora Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 18 de noviembre de 2.013, en cuya virtud, aunque puedan pactarse intereses de demora alternativos para el supuesto de que durante la vigencia del préstamo la vivienda deje de tener la condición de habitual, tal carácter alternativo debe reseñarse expresamente en la escritura pues, en otro caso, la misma recogería dos tipos distintos de intereses contradictorios (además el del 15% superaría los límites fijados por el nuevo art. 114.3 de la Ley Hipotecaria), contradicción que, según ya se ha expuesto, vulnera la necesaria concreción que impone el principio de especialidad. La referida Resolución establece literalmente lo siguiente: “Lo que en ningún caso puede admitirse, so pretexto de que la variabilidad futura de los tipos de interés legal del dinero es imprevisible, en que se pacte un tipo fijo de interés de demora que ya, a presente en la misma fecha de la constitución de la hipoteca, infringen el límite legal de los que se puedan devengar en el año de la constitución”. Por último, debe tenerse en cuenta el nuevo artículo 21.3 de la Ley Hipotecaria, conforme a su redacción dada por la Ley 1/2013, precepto que, como mantiene la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 18 de noviembre de 2013, impone que, salvo en casos en que resulte claramente el destino del préstamo de la propia titulación tenida en cuenta para calificar, en las escrituras de préstamos hipotecarios que recaigan sobre vivienda habitual, se haga constar si el préstamo se destina o no a adquisición de vivienda, puesto que, caso de no hacerse en el título manifestación alguna al respecto, se aplicarán los límites establecidos en el nuevo artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria. En su virtud, acuerdo suspender, la inscripción del documento objeto de la presente calificación, en relación con las circunstancias expresamente consignadas en el Hecho II de la presente nota de calificación, por la concurrencia de los defectos que igualmente se indican en el Fundamento de Derecho II de la misma nota. Quedando automáticamente prorrogado el asiento de presentación correspondiente durante el plazo de sesenta días a contar desde que se tenga constancia de la recepción de la última de las notificaciones legalmente pertinentes, de conformidad con los artículos 322 y 323 de la Ley Hipotecaria. Pudiendo no obstante el interesado o el funcionario autorizante del título, durante la vigencia del asiento de presentación y dentro del plazo de sesenta días anteriormente referido, solicitar que se practique la anotación preventiva prevista en el artículo 42.9 de la Ley Hipotecaria.—Notifíquese al presentante y al funcionario autorizante del título calificado en el plazo de diez días contados desde esta fecha. Contra la presente nota de calificación (...) Málaga, 16 de Enero de 2014.—El Registrador (firma ilegible). Fdo.: Juan Francisco Ruiz-Rico Márquez».

Dicha calificación fue notificada al notario autorizante el día 24 de enero de 2014.

III

Contra la precedente nota de calificación, don Joaquín Mateo Estévez, Notario autorizante del documento, interpuso recurso mediante escrito, de fecha 3 de febrero de 2014, con base en los siguientes fundamentos de Derecho: «Primero.—El/los defecto/s de la calificación del Ilmo. Sr. Registrador de Málaga, único/s que se recurre/n se basa, a tenor de lo expresado en el hecho III antecedente, en el/los siguiente/s hecho/s: «II.—En

dicho documento se ha observado la siguiente circunstancia que ha sido objeto de calificación desfavorable: Única. – No consta en la escritura si el importe del préstamo se destina o no a la adquisición de vivienda habitual, no resultando tampoco del contenido de la escritura que la cantidad garantizada se destina a finalidad distinta de la adquisición de vivienda. En consecuencia, regirá respecto a los intereses de demora la limitación establecida en el artículo 114.3 de la Ley hipotecaria, según su redacción dada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo. Asimismo debe tenerse en cuenta que, respecto a los intereses de demora, consta en el primer párrafo de la cláusula sexta que: “En caso de no satisfacerse a ‘la Caixa’, a su debido tiempo, las obligaciones pecuniarias derivadas del presente contrato, incluso las nacidas por causa de vencimiento anticipado, el capital adeudado, con indiferencia de que se haya iniciado o no su reclamación judicial, devengará día a día intereses de demora, desde el día siguiente inclusive a aquel en que la falta de pago se haya producido hasta el día en que se realice el pago, al doce por ciento nominal anual variable, al alza o a la baja, para ajustarse al resultado de multiplicar por tres el tipo de interés legal del dinero vigente en el momento de su devengo”; en su cuarto párrafo: “No obstante, a efectos hipotecarios, tanto respecto de la parte deudora como de terceros, el tipo garantizado de interés de demora nominal anual aplicable será, como máximo, del trece con quinientos cuarenta y tres por ciento”. Por tanto, se observa una contradicción respecto a los intereses de demora, que resulta contraria al principio de especialidad, resultando además que el tipo de interés de demora máximo del 13,543 por ciento pactado es contrario a la limitación de los intereses de demora establecidos por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, Reestructuración de deuda y alquiler social. Defecto subsanable. A continuación, el Ilmo. Sr. Registrador apoya la fundamentación jurídica de su calificación en los artículos 18 y 19 de la Ley Hipotecaria y 98 a 100 de su Reglamento; en los artículos 21.3 y 114.3 de la Ley Hipotecaria; en los preceptos hipotecarios que regulan el principio de especialidad y en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) de 18 de noviembre de 2013. Segundo.–Ninguna objeción es posible realizar a lo aseverado en la nota de calificación en cuanto a la aplicación de los artículos 21.3 y 114.3 de la Ley Hipotecaria a la cláusula Sexta de la escritura calificada. Ahora bien, lo que entendemos discutible es la interpretación que el Sr. Registrador hace de los mismos, así como la conclusión que extrae, teniendo en cuenta el tenor en que está redactada dicha cláusula sexta, transcrita parcialmente en la nota de calificación y en párrafos anteriores, cuya redacción estimamos ajustada a Derecho y por tanto inscribible. Tercero.–Lo primero que es preciso destacar, y no perder de vista, es que la discutida por el Sr. Registrador, cláusula sexta se ajusta, con todo rigor, a lo exigido por el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria, (LH) esto es, fija, un tipo de interés de demora “... al doce por ciento (12%) nominal anual variable, al alza o a la baja, para ajustarse al resultado de multiplicar por tres el tipo de interés legal del dinero vigente en el momento de su devengo. Estos intereses de demora 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, fija, a efectos puramente obligacionales, un interés de demora inicial del 12 por ciento anual –igual al máximo permitido a la fecha del otorgamiento de la escritura teniendo en cuenta que el tipo de interés legal del dinero a la fecha del otorgamiento era del cuatro por ciento anual–; siendo dicho interés de demora variable, al alza o a la baja, para ajustarse al resultado de multiplicar por tres el tipo de interés legal del dinero vigente en el momento de su devengo, lo que, a nuestro juicio, no vulnera ni traspasa los límites establecidos en el artículo 114.3 de la L.H. Bajo ningún supuesto, dada la redacción de la cláusula sexta, el interés de demora pactado podrá superar el límite de tres veces el interés legal del dinero. No hay pactado ningún interés de demora alternativo ni el tipo inicial pactado vulnera el límite fijado por el artículo 114.3 LH, por lo que no se infringe la doctrina de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 18 de noviembre de 2013, que no resulta aplicable, a nuestro juicio, al supuesto debatido. Es cierto, como señala el Sr. Registrador en su nota, que: “... No consta en la escritura si el importe del préstamo se destina o no a

la adquisición de vivienda habitual, no resultando tampoco del contenido de la escritura que la cantidad garantizada se destina a finalidad distinta de la adquisición de vivienda. En consecuencia, regirá respecto a los intereses de demora la limitación establecida en el artículo 114.3 de la Ley hipotecaria, según su redacción dada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo... Por último, debe tenerse en cuenta el nuevo artículo 21.3 de la Ley Hipotecaria, conforme a su redacción dada por la Ley 1/2013, precepto que, como mantiene la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 18 de noviembre de 2013, impone que, salvo en casos en que resulte claramente el destino del préstamo de la propia titulación tenida en cuenta para calificar, en las escrituras de préstamos hipotecarios que recaigan sobre vivienda habitual, se haga constar si el préstamo se destina o no a adquisición de vivienda, puesto que, caso de no hacerse en el título manifestación alguna al respecto, se aplicarán los límites establecidos en el nuevo artículo 114,3 de la Ley Hipotecaria". Aceptamos que es aplicable el artículo 114.3 L.H. Ahora bien, consideramos, dada la redacción de la cláusula discutida, que el hecho de que no conste en la escritura si el importe del préstamo se destina o no a la adquisición de vivienda habitual, no resultando tampoco del contenido de la escritura que la cantidad garantizada se destina a finalidad distinta de la adquisición de vivienda, es absolutamente intrascendente y su falta no puede fundamentar la negativa de inscripción. Y ello, porque:

- 1.—Si el destino del préstamo fuera efectivamente el de adquirir la vivienda habitual que se hipoteca, resultaría ciertamente aplicable el artículo 114.3 L.H., cuyos límites cumple, a nuestro juicio la cláusula debatida, por lo que no habría vulneración de tal artículo.
- 2.—Por el contrario, si el destino del préstamo no fuera el de adquirir la vivienda habitual que se hipoteca, no sería necesario aplicar el mencionado artículo 114.3 L.H., si bien nada obsta a que las partes, haciendo uso del principio de autonomía de la voluntad regulado en el artículo 1.255 del Código Civil, acuerden aplicar el límite máximo de interés que prevé dicho artículo para un supuesto distinto.

Cuarto.—En cuanto a la contradicción que el Sr. Registrador atribuye a la cláusula sexta al indicar en su nota: "... Por tanto, se observa una contradicción respecto a los intereses de demora, que resulta contraria al principio de especialidad, resultando además que el tipo de interés de demora máximo del 13,543 por ciento pactado es contrario a la limitación de los intereses de demora establecidos por la Ley 1/2013, de 14 de mayo...", entendemos que ni existe tal contradicción ni el tipo máximo del 13,543 % fijado a efectos hipotecarios, vulnera el límite establecido en la Ley 1/2013. La cuestión a resolver, por tanto, es si, considerando los términos en los que está redactada la cláusula sexta del préstamo hipotecario, es posible fijar una responsabilidad hipotecaria por intereses moratorios —variables en el supuesto contemplado— superiores al inicial pactado del doce por ciento nominal anual al alza o a la baja, resultante de multiplicar por tres el tipo de interés legal del dinero vigente en el momento de su devengo. El artículo 114.3 L.H. establece, a nuestro juicio, un límite máximo de interés de demora que resulta aplicable, a efectos puramente obligacionales, en las relaciones personales entre el acreedor y le deudor, sin que nada obste en contrario el que pueda fijarse también el mismo límite a efectos hipotecarios. Ahora bien, a efectos hipotecarios, tanto respecto de las partes como respecto de terceros, si el interés moratorio pactado es variable, al igual que ocurre cuando el interés ordinario es variable, es necesario fijar un tipo máximo de interés exigible hipotecariamente, interés que podrá ser igual, inferior o superior al fijado a efectos obligacionales, lo cual no resulta contrario al principio de especialidad al publicar el Registro el tipo máximo de interés exigible hipotecariamente en caso de ejecución, sino que da cumplimiento a tal principio. Dado que el interés legal del dinero puede variar en el tiempo, los intereses moratorios del artículo 114.3 L.H. son intereses variables, que podrían llegar a ser superiores o inferiores al máximo aplicable al tiempo del otorgamiento de la escritura a que resultara aplicable dicho artículo, por lo que es ajustado al principio de especialidad la fijación de un tipo máximo de interés moratorio a efectos hipotecarios, tipo que podría ser superior al máximo permitido a efectos obligacionales al tiempo del otorgamiento de la escritura. Por otra parte, la configuración de la responsabilidad por intereses moratorios como una hipoteca de máximo/seguridad en garantía de obligaciones futuras así lo permite y exige.

Así resulta de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16-02-1990. Por lo expuesto, consideramos que en la cláusula sexta no existe contradicción alguna entre los intereses moratorios pactados a efectos obligacionales y los pactados a efectos hipotecarios al operar ambos en ámbitos distintos, ni se vulnera el principio de especialidad. Concluye considerando que es contradictorio, sin embargo, que nada diga el registrador respecto al “Pacto octavo. Constitución de hipoteca”, (...) cuando en su letra c) dice: “del pago de los intereses de demora por el plazo de dieciocho meses, a razón del tipo convenido,...”, tipo convenido que necesariamente se refiere al de demora del 13,543 por ciento, fijado a efectos hipotecarios, en el pacto sexto. Por lo reseñado, es contradictoria la calificación del Sr. Registrador al atribuir defectos al pacto sexto y no atribuirlos, por falta de coherencia, al pacto octavo, toda vez que el pacto octavo esta necesariamente subordinado y condicionado al tipo de demora que, a efectos hipotecarios, se señale en el pacto sexto».

IV

El Registrador de la Propiedad Málaga número 10, don Juan Francisco Ruiz-Rico Márquez, emitió su informe con fecha 11 de febrero de 2014, manteniendo íntegramente su calificación, y formó expediente, que elevó a este Centro Directivo.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 1.255, 1.256 y 1.288 del Código Civil; el Preámbulo, los artículos 2, apartado 3, y 11 y la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre; los artículos 1, 2, 9, 11, 12, 18, 23, 27, 33, 37, 82, 104, 107.3 y 114 de la Ley Hipotecaria; 7, 9, 51, 127 y 220 del Reglamento Hipotecario; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de julio de 1928, 25 de noviembre de 1935, 16 de junio de 1936, 18 de noviembre de 1960, 4 de noviembre de 1968, 4 de julio de 1984, 27 de enero de 1986, 5 de junio, 20 de mayo y 23 y 26 de octubre de 1987, 14 de enero y 8 de octubre de 1991, 24 de abril de 1992, 4 de marzo y 8 de noviembre de 1993, 19 de enero, 23 de febrero, 8, 11, 13, 15, 18, 20 y 21 de marzo y 16 de julio de 1996, 22 de abril de 1997, 11 de febrero, 15 de julio y 24 de agosto de 1998, 28 de abril y 27 de julio de 1999, 3 de abril, 27 de septiembre y 3, 6 y 18 de noviembre de 2000, 8 y 9 de febrero y 7 de junio de 2001, 2 de abril, 2 y 3 de septiembre y 18 de noviembre de 2005, 19 de abril de 2006, 21 de diciembre de 2007 (2.^a), 14 de enero, 1, 7, 8 (2.^a), 28 y 29 de febrero y 1, 10, 14, 19 (2.^a), 22, 24 (2.^a), 25 y 27 de marzo de 2008, 1 de octubre, 4 de noviembre y 21 de diciembre de 2010, 11 de enero, 8 de junio y 16 de agosto de 2011 y 13 de septiembre, 10 (1.^a) y 31 de octubre y 18 y 26 de noviembre de 2013.

1. Se trata de dirimir en este expediente si es posible la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario en la que se pactan los intereses de demora en los siguientes términos: «Pacto Sexto. En caso de no satisfacerse a “la Caixa”, a su debido tiempo, las obligaciones pecuniarias derivadas del presente contrato, incluso las nacidas por causa de vencimiento anticipado, el capital adeudado, con indiferencia de que se haya iniciado o no su reclamación judicial, devengará día a día intereses de demora, desde el día siguiente inclusive a aquél en que la falta de pago se haya producido hasta el día en que se realice el pago, al doce por ciento (12%) nominal anual variable, al alza o a la baja, para ajustarse al resultado de multiplicar por tres el tipo de interés legal del dinero vigente en el momento de su devengo (...) No obstante, a efectos hipotecarios, tanto respecto de la parte deudora como de terceros, el tipo garantizado de interés de demora nominal anual aplicable será, como máximo, del trece con quinientos cuarenta y tres por ciento (13,543%)».

En dicha escritura se hace constar que la finca hipotecada constituye la vivienda habitual de los deudores, si bien no se hace referencia alguna al destino del importe del préstamo.

2. El registrador considera que, dado que no se establece expresamente ni resulta del contenido de la escritura que la cantidad garantizada se destine a finalidad distinta de la adquisición de vivienda, es de aplicación el límite legal establecido en el artículo 114.3.º de la Ley Hipotecaria, pero hay que tener en cuenta que el supuesto de hecho a que se refiere el citado artículo 114.3.º requiere la concurrencia de dos elementos: por un lado, el carácter de vivienda habitual de la finca hipotecada y, por otro, que el destino del préstamo garantizado sea precisamente el de financiar la adquisición de aquélla. Como ya se dijo en la reciente Resolución de este Centro Directivo de 26 de noviembre de 2013, la Ley 1/2013 introduce una serie de modificaciones de futuro que se recogen en los capítulos II y III y que tienen por objeto la mejora del mercado hipotecario y de los procedimientos de ejecución hipotecaria.

El capítulo segundo reforma la Ley Hipotecaria en tres de sus artículos, en concreto el artículo 21, el artículo 114 y el artículo 129. El artículo 21 de la Ley Hipotecaria dice ahora en su nuevo párrafo final lo siguiente: «En las escrituras de préstamo hipotecario sobre vivienda deberá constar el carácter, habitual o no, que pretenda atribuirse a la vivienda que se hipoteque. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que en el momento de la ejecución judicial del inmueble es vivienda habitual si así se hiciera constar en la escritura de constitución». El texto es reiterado en términos casi idénticos en la nueva redacción que al artículo 129 de la Ley Hipotecaria confiere el artículo 3.Tres de la Ley. El mandato legal se extiende por tanto a cualquier hipoteca en garantía de préstamo constituida sobre vivienda respecto de la que exige una declaración formal sobre su carácter o no de vivienda habitual. Es trascendente esta circunstancia porque la inscripción de tal carácter, que desde ese momento está protegida por la legitimación registral, determinará de futuro el conjunto normativo aplicable a la vivienda. Así ocurrirá en el supuesto de disposición de derechos sobre la vivienda (*vid.* art. 91 del Reglamento Hipotecario en relación a las Resoluciones de 27 de junio de 1994, 25 de abril de 2005 y 28 de septiembre de 2010), en caso de liquidación del régimen económico matrimonial (art. 90 del Código Civil en relación a la Resolución de este Centro Directivo de 7 de julio de 2012) o en caso de embargo y ejecución subsiguiente pues la Ley 1/2013 introduce importantes novedades al respecto (*vid.* el art. 7.Cuatro por el que se añade el apartado 1 bis al art. 575 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el art. 7.Cinco de reforma del art. 579, el art. 7.Diez de reforma del art. 671 y el art. 7.Trece de reforma del 693 de la Ley de Procedimiento).

La introducción de un párrafo final en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria se enmarca en este conjunto de medidas introduciendo una importantísima limitación en la cuantía y devengo de los intereses de demora, limitación que el precepto acota con precisión a los préstamos y créditos de adquisición de la propia vivienda habitual con garantía hipotecaria. Como tal limitación, no puede ser extrapolada a supuestos no contemplados en la norma ni ser objeto de una interpretación que desborde los términos en que está formulada (*vid.* art. 4 del Código Civil y Resolución de 10 de diciembre de 2007). La modificación añadida al artículo 114 de la Ley Hipotecaria extiende a todas las operaciones de financiación hipotecaria de adquisición de vivienda habitual la medida de limitación que el artículo 4 del Real Decreto-ley 6/2012, introdujo y que expresamente ciñó la limitación de devengo de los intereses moratorios exigibles a los contratos amparados en su ámbito; es decir a los préstamos o créditos hipotecarios de adquisición de vivienda siempre que el deudor se encuentre dentro del denominado umbral de exclusión [arts. 3.1 y 3.2.b) del propio Real Decreto-ley]. Ciertamente el contenido de la limitación no es el mismo en uno u otro caso pero sí lo es el hecho de que se concreta en la financiación de adquisición de la vivienda habitual del deudor hipotecario.

Es cierto que la Exposición de Motivos de la Ley 1/2013 afirma que: «Especialmente relevante es el hecho de que, para las hipotecas constituidas sobre vivienda habitual, se limitarán los intereses de demora que pueden exigir las entidades de crédito a tres veces el interés legal del dinero». Es igualmente cierto que la disposición transitoria segunda de la propia Ley 1/2013 dice así: «La limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual prevista en el artículo 3 apartado dos será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.

Asimismo, dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos. En los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta Ley, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el Secretario judicial o el Notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalculase aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior». El hecho de que la Exposición de Motivos y la disposición transitoria se refieran genéricamente a las hipotecas en garantía de operaciones sobre vivienda habitual, sin especificar que se refieren a operaciones de adquisición, no puede enmendar el claro y determinante mandato contenido en el párrafo tercero del artículo 114 de la Ley Hipotecaria que por su carácter concreto y específico debe prevalecer según las reglas de la recta interpretación.

Por lo tanto, de no constar expresamente el destino del préstamo, deberá resultar del contenido de la documentación aportada dicha finalidad. En el supuesto de este expediente, si bien es cierto que en la escritura nada consta respecto a este último punto, el hecho de que el título de adquisición de la vivienda sea una escritura de compraventa otorgada con el número inmediato anterior de protocolo permite alcanzar tal conclusión.

No obstante la aplicabilidad del citado precepto es admitida expresamente por el recurrente en su informe por lo que procede únicamente analizar si la fijación de un máximo a efectos hipotecarios fundamentado en el carácter variable del interés legal del dinero, superior al inicial pactado del doce por ciento (resultado de multiplicar por tres el tipo de interés legal vigente en el momento del otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario) es susceptible de inscripción.

3. El párrafo cuarto de la cláusula sexta de la escritura establece: «No obstante, a efectos hipotecarios, tanto respecto de la parte deudora como de terceros, el tipo garantizado de interés de demora nominal anual aplicable será, como máximo, del trece con quinientos cuarenta y tres por ciento (13,543 %)». Defiende el recurrente en su escrito que es ajustado al principio de especialidad la fijación de un tipo máximo de interés moratorio a efectos hipotecarios, tipo que podrá ser superior al máximo permitido a efectos obligacionales, por el contrario el registrador observa una contradicción que a su juicio resulta contraria al principio de especialidad, resultando además que el tipo de interés de demora máximo del trece con quinientos cuarenta y tres por ciento pactado es contrario a la limitación de los intereses de demora establecidos por la Ley 1/2013.

Siendo los intereses legales del dinero esencialmente variables, al ser revisados anualmente por las respectivas leyes presupuestarias (*vid.* art. 1 de la Ley 24/1984, de 29 de junio), la indeterminación de la cifra garantizada en el momento inicial de la constitución de la garantía está resuelta por la técnica hipotecaria a través de la figura de las hipotecas de seguridad en su modalidad de máximo. Como ya se expuso en la Resolución de esta Dirección General de 11 de noviembre de 2013, esta solución fue ya predicada en relación con los intereses de demora por este Centro Directivo en su Resolución de 20 de mayo de 1987, pues 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 (art. 12 de la Ley Hipotecaria), no cabe entender incluidos bajo la genérica cobertura real por intereses a los devengados en caso de mora; estos 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».

Las posteriores Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987 insisten en que los intereses remuneratorios y los de demora tienen distinta naturaleza y distinto régimen: «los remuneratorios nacen del contrato mismo y vencen inexorablemente según vencen los plazos pactados; los moratorios, no derivan directamente del contrato, sino de la conducta (incumplimiento por mora) ulterior de una de las partes», y por ello no pueden englobarse en la cifra por intereses del préstamo, de forma que de quererse que también los intereses de demora resulten hipotecariamente garantizados «deben precisarse separadamente, en cuanto a esta otra obligación futura garantizada, las circunstancias que la identificarán y la cifra máxima de responsabilidad».

En cuanto a los requisitos de estas hipotecas de máximo, como ya dijera este Centro Directivo en su Resolución de 14 de enero de 1991, la admisibilidad de las hipotecas que garanticen intereses variables está subordinada a que los intereses pueden ser determinados en su día por un factor objetivo y que se señale un límite máximo de la responsabilidad hipotecaria.

En el caso del presente expediente, ninguna duda se plantea en cuanto al primer elemento (objetividad). Sí en cuanto al segundo (determinación de sus límites máximos). A este respecto, hay que recordar que es doctrina consolidada de este Centro Directivo (en especial a partir de las Resoluciones de 26 y 31 de octubre de 1984, y en otras muchas posteriores citadas en los «Vistos») que la garantía de los intereses sujetos a fluctuación, desde el momento en que a través del asiento registral no puede determinarse la suma concreta a que en cada período de devengo van a ascender, tan sólo cabe a través de una hipoteca de máximo, para las que por exigencia del principio de determinación registral (arts. 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 y 31 de octubre de 2013).

Continúa la citada Resolución de 11 de noviembre de 2013 señalando que ahora la Ley 1/2013, de 14 de mayo, al añadir un nuevo párrafo al artículo 114 de la Ley Hipotecaria, viene a sumar un nuevo límite legal a los intereses de los préstamos hipotecarios constituidos sobre la vivienda habitual y destinados a financiar su adquisición, haya o no terceros, de forma que los intereses pactados no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Además, dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Límites que, dado su carácter claramente imperativo, las estipulaciones contractuales de constitución de dichos préstamos hipotecarios necesariamente deberán respetar, lo que será perfectamente posible a través de la institución de la hipoteca de máximo. Como quiera que, cualquiera que sea el límite máximo que se pacte, por hipótesis podrá ocurrir que en algún momento de la vigencia de la hipoteca la aplicación de la fórmula del artículo 114.3.º de la Ley Hipotecaria dé como resultado una cifra inferior al máximo pactado, las fórmulas contractuales siempre podrán evitar cualquier tacha de ilegalidad mediante la incorporación a la estipulación correspondiente de una reserva o salvedad de aquel límite legal.

En conclusión la necesidad de fijación de un tipo máximo a la cobertura hipotecaria de dicho interés, debe conciliarse con la limitación legal establecida, de forma que el máximo pactado (que como se ha visto anteriormente 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 con terceros), sólo será aplicable si en el momento de su devengo es igual o inferior al límite legal, salvedad esta que habrá de hacerse constar en la cláusula correspondiente.

4. En el caso analizado en este expediente, si bien no se observa la contradicción a que hace referencia el registrador puesto que se establece un interés inicial que cumple con el límite legal actual (doce por ciento) y se fija un límite máximo a su variabilidad, no se hace constar, en cuanto a éste, la reserva en cuanto a su aplicación a que se ha hecho referencia en el punto anterior, por lo que la legalidad de la cláusula en cuanto al interés máximo fijado queda en entredicho, debiendo incorporarse dicha salvedad, sin que pueda alegarse como hace el recurrente, la operatividad en ámbitos distintos, obligacional e hipotecario, de los intereses pactados para establecer un tipo por encima del máximo permitido.

5. Cuestión distinta es la posibilidad de pactar tipos de intereses moratorios alternativos para el caso de que durante la vigencia del préstamo la finca gravada deje de tener la condición de vivienda habitual, alternatividad que, al depender de circunstancias objetivas y fácilmente verificables, no está reñida ni con el requisito de la determinabilidad, ni con la condición de la objetividad a que están constreñidos las estipulaciones sobre intereses variables. Pero del texto de la cláusula discutida, que se refiere literalmente al máximo, no se infiere que sea esa la voluntad de las partes.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador en los términos que resultan de las anteriores consideraciones.

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, 25 de abril de 2014.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.