

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

2228 *Resolución de 3 de febrero de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Mijas n.º 2, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo con constitución de hipoteca en garantía del mismo.*

En el recurso interpuesto por doña M. S. L. O., en nombre y representación de «Diagonal Gest, S.L.», apoderada de don B. O. y «Caixabank, S.A.», contra la calificación del registrador de la Propiedad de Mijas número 2, don Javier Aznar Rivero, por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo con constitución de hipoteca en garantía del mismo.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Fuengirola, don Gregorio Isidro Martín Mayoral, de fecha 1 de octubre de 2014, con el número 2.498 de protocolo, la entidad «Caixabank, S.A.U.» concedió un préstamo hipotecario a don B. O. Interesa para este expediente, que en el párrafo primero la cláusula del pacto sexto, relativo a la constitución de la garantía hipotecaria entre otros, se dispone referido a los intereses de demora que «... 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». En el párrafo cuarto establece que «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 (13,069%)».

II

La referida escritura se presentó telemáticamente en el Registro de la Propiedad de Mijas número 2 el día 1 de octubre de 2014 y, posteriormente, el día 31 de octubre de 2014 mediante copia de la misma en soporte de papel liquidado el impuesto correspondiente. Fue objeto de calificación negativa el día 14 de noviembre de 2014 que, a continuación, se transcribe en lo pertinente: «(...) Resultando que en el pacto sexto «Intereses de demora», dice textualmente en su párrafo 1º: «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 independencia 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 del 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.»; y en su párrafo cuarto se 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 13,069%», sin que se haya hecho salvedad relativa a que dicho tipo solo operará en caso de que en el momento del devengo, sea igual o inferior al límite legal. Considerando que en la escritura de referencia consta que la parte deudora «manifiesta que la finca que se hipoteca constituye su vivienda habitual» y al haberse adquirido la misma en escritura autorizada por el mismo notario con el número anterior de

protocolo, considera este registrador que la hipoteca debe cumplir la hipoteca los requisitos que se exigen para el caso de que se constituya en garantía de un préstamo concedido para la adquisición de la vivienda habitual y por lo tanto, el pacto sexto «intereses de demora» debe adecuarse a los requisitos exigidos en el artículo 114 párrafo 3ª de la Ley Hipotecaria, que establece un único imperativo para los intereses de demora: que no pueden superar tres veces el interés legal del dinero. Considerando en un caso casi idéntico al presente (en el que el acreedor es la misma entidad acreedora), la DGRN en resolución de fecha 25.04.2014 (BOE 23.06.2014) entiende que: «la necesidad de fijación de un tipo máximo a la cobertura hipotecaria de dicho interés, debe conciliarse con 1ª 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 solo 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 reservasen 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» ... «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 el mismo sentido, resolución de 18.11.2013 (BOE 19.12.2013). A mayor abundamiento la resolución de 3 de octubre de 2014 (BOE 31.10.2014), de la DGRN ha vuelto a reafirmar la doctrina rigorista en la calificación de las cláusulas contenidas en las escrituras de préstamo hipotecario, cuando considera que: «en efecto, como ha dicho recientemente este Centro Directivo en sus Resoluciones de 13 de septiembre y 18 de noviembre de 2013, no parece en modo alguno tolerable a la vista de los últimos acontecimientos y por consiguiente de la presente realidad social que el contenido legal del derecho de hipoteca –y por tanto del crédito garantizado– susceptible de ser exigido mediante la acción real hipotecaria, no quede en la inscripción nítidamente delimitado sin confusiones de ningún tipo. Es misión principal del Registro de la Propiedad aportar claridad y precisión en las relaciones jurídicas inscritas no solo en interés de terceros sino de las mismas partes, sobre todo, cuando, como en este caso, la inscripción es constitutiva y por tanto el contenido de la reclamación hipotecaria, también entre ellas, viene determinado solo por los extremos del título que se hayan recogido en el asiento (artículo 130 de la Ley).» Una vez aclarados los extremos anteriores y calificadas las cláusulas que configuran la garantía hipoteca y la obligación asegurada, con la extensión prevista en los artículos 12, 18 y 258.2 de la Ley Hipotecaria, artículos 83 y 84 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, artículo 8 de la Ley 7/1998 de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación y sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de junio de 2009 y 14 de junio de 2012 y del Tribunal Supremo, 792/2009 de 16 de diciembre entre otras, se deniega la inscripción de las cláusulas siguientes: A).–Los puntos II y III de la cláusula «amortización anticipada»; las cláusulas 4ª y 5ª de «Comisiones» y «Gastos a cargo de la parte deudora»; 12ª de «Otras garantías»; la 14ª de «Información económica», la 15ª de «Obligaciones a cargo de la parte prestataria»; la 16ª de «Tratamiento de datos Personales»; la 18ª de «Afianzamiento Solidario»; y las Cláusulas relativas a solicitud de exenciones e información a la parte, deudora, por tratarse de pactos de naturaleza Personal o menciones con carácter informativo. B) De la estipulación 6ª bis, «Causas de

resolución anticipada»: El apartado 3) «Si la finca estuviera afectada, por alguna carga o gravamen no conocido en este momento o formalizado con posterioridad, que tuviera rango registral prioritario a la hipoteca que se constituye en esta escritura, a excepción de las afecciones al pago del impuesto provocadas por esta misma. escritura o por cualquiera otra previa de igual fecha»; el apartado 4) de «Si, por cualquier causa disminuyera en la cuarta parte o más el valor de la garantía hipotecaria que en esta escritura se constituye, disminución, con relación al valor de tasación pericial hecho constar en esta escritura, resulta de nueva valoración practicada de conformidad con la normativa del Mercado Hipotecario.»; el apartado 6) de «Si esta escritura no llegare a inscribirse en el Registro de la Propiedad dentro del plazo de seis meses, a contar desde el día de hoy, por causa imputable a la parte deudora.»; el apartado 8) «Si la parte deudora o cualquiera de sus integrantes o de los fiadores, en su caso: a- incumpliesen cualquier otra obligación líquida y exigible contraída con 'la Caixa' o incurriesen en morosidad frente a otros acreedores, o b- padeciesen embargo sobre sus bienes, se alzasen con los mismos o los liquidasen, y la concurrencia de cualquiera de las anteriores circunstancias revelare un deterioro significativo de su solvencia o de su capacidad de pago. No obstante, la circunstancia a la que se refiere el apartado b- no será de aplicación si la parte deudora o cualquiera de sus integrantes o de los fiadores, en su caso, constituyen nuevas garantías suficientes.»; el apartado 9) de «Si la parte deudora o cualquiera de sus integrantes o de los fiadores fuesen declarados en concurso o presentasen solicitud de concurso voluntario o fuese admitida a trámite la solicitud de su concurso necesaria»; y el apartado 10) «Si, cuando la parte deudora o cualquiera de sus integrantes o de sus fiadores sean personas jurídicas o personas físicas que hayan concertado el presente contrato en su condición de empresarios, comerciantes o profesionales, concurriese en cualquiera de ellos alguno de los siguientes supuestos: a- Si incumpliesen las obligaciones de información económica o no depositaren sus cuentas anuales en el Registro Mercantil, en caso de estar legalmente obligados a hacerlo. b- Si no estuvieren al corriente en el pago de sus obligaciones tributarias, con la Seguridad Social o con sus trabajadores. c- Si incurriesen en causa legal de disolución. d- Si los resultados de su explotación arrojasen pérdidas o si se hallasen en situación de fondos propios negativos. e- Si los actuales socios o partícipes en el capital de la sociedad que interviene como parte deudora o cualquiera de los integrantes o fiadoras transmitiesen total o parcialmente, por cualquier causa, título, negocio o acto, su participación o si éstos perdieren el control de los órganos de administración de la sociedad o si en virtud de contrato o de otro modo resultase que un tercero o terceros pueden directa o indirectamente determinar la gestión y política de dicha sociedad o la composición de la mayoría de su órgano de administración. f- Si se constituyesen o ampliases garantías reales sobre bienes del patrimonio de la parte deudora o cualquiera de sus integrantes o de los fiadores en aseguramiento de cualesquiera obligaciones, actuales o futuras, excepto cuando se trate de gravámenes que garanticen exclusivamente la financiación de la adquisición o la construcción de los propios bienes objeto de la garantía. Esta causa de resolución no será de aplicación a las garantías que se formalicen una vez transcurrido el plazo de dos meses desde la notificación fehaciente a "la Caixa" de la intención de constituir las sin que ésta haya exigido la previa o simultánea constitución de una garantía equivalente para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente contrato o, en caso del tal exigencia, cuando se haya constituido la garantía requerida. La expresada notificación deberá ser necesariamente entregada en la oficina de "la Caixa" donde esté domiciliado el pago de las obligaciones a cargo de la parte deudora.» C) La cláusula 9ª de «Extensión de la garantía» en lo relativo a la indemnización en caso de siniestro o expropiación-forzosa. Las cláusulas 13ª de «Seguro de la finca hipotecada», 17ª de «Convenios Concursales». La cláusula 4ª, de «Gastos a cargo de la parte deudora», se ha inscrito en los términos que constan en la escritura, si bien se ha hecho constar que dichos gastos deberán cumplir los límites establecidos legalmente. A tales extremos, le son de aplicación, respectivamente, los siguientes fundamentos de derecho: A).-Las Estipulaciones reseñadas con la letra A), no son inscribibles por tratarse de meros pactos

de naturaleza personal, o menciones de carácter informativo, que no han de trascender a terceros, sin que la denegación implique prejuzgar su eficacia obligacional entre las partes contratantes, de conformidad con lo establecido en los artículos 9 y 51.6 del Reglamento Hipotecario. (R 4-11-2002, R 29-2-2008, RR 19, 22, 24 y 25-3-2008, R 1-10-2010) B) Los apartados reseñados con la letra B) se consideran defecto insubsanable: El apartado 3) por ser superfluo una vez inscrita constituida la hipoteca; El punto 4) no es inscribible por haber sido derogado por la Ley 1/2011 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; el apartado 6) no es inscribible la cláusula de vencimiento anticipado por no inscripción de la hipoteca, pues, una vez inscrita ésta, dicha cláusula devendrá intrascendente (R. DGRN 21-12-2010); los apartados 8) y 10) de conformidad con el fundamento de derecho 20 de la STS 792/2009, por resultar desproporcionada al atribuir carácter resolutorio a cualquier incumplimiento pues solo cabe cuando se trata del incumplimiento de una obligación de especial relevancia y en ningún caso accesoria. En este mismo sentido se pronuncian las STS de 9 de marzo de 2001, 4 de julio y 12 de diciembre de 2008, que solo admiten la validez de la cláusula cuando concurra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias o incumplimientos irrelevantes. Además, según razona la STS 792/2009, «de entender de otro modo la cláusula, prácticamente se dejaría la resolución del contrato a la discrecionalidad de la entidad financiera, con manifiesto desequilibrio para el prestatario, usuario del servicio»; y el apartado 9) no es inscribible la causa de vencimiento anticipado por concurso del deudor, pues expresamente dispone el art. 61.1 de la Ley concursal 22/2003 de 9 de julio, que en los contratos se tendrán por no puestas las cláusulas que atribuyan a una de las partes la facultad de resolución por la sola declaración del concurso de la otra. C) El pacto noveno, último párrafo no es inscribible, al margen de su posible falta de objetividad, por su evidente contenido obligacional. No es admisible porque si se trata de simple autorización de cobro de la indemnización, esa cláusula no puede significar sino un poder concedido por el hipotecante al acreedor, y como tal revocable poderdante y no vinculante para terceros que lo sucedan en la propiedad de la finca, aunque lo hagan, a título gratuito y si la facultad concedida al acreedor es para cobrarse su deuda sobre el capital del seguro, esa facultad parece contraria al orden público, pues la naturaleza misma del contrato de seguro, destinado a reparar un daño, el interés social y el mismo interés de las partes, se dirigen a facilitar la inversión de la indemnización en la reparación o reconstrucción de la cosa. D) La cláusula decimoséptima, no es inscribible tanto por la indeterminación derivada de la generalidad de tal previsión, como por tratarse de comportamientos que nada tienen que ver con el incumplimiento mismo de la obligación garantizada, que es la única conducta de la que ha de responder la finca hipotecada, y además porque constituye apoderamientos sin consentimiento de los interesados. Se advierte al interesado que el documento puede contener cláusulas generales que por su carácter pueden estar sujetas a la legislación de defensa del Consumidor.—Se advierte asimismo que se han excluido las cláusulas relativas a las declaraciones especiales, apoderamientos, entrega de documentos a la parte deudora, impuestos, datos personales, aceptación, presentación telemática, autorización: por carecer de relevancia registral por su propia naturaleza personal (artículos 98 de la Ley Hipotecaria y 51.6 de su reglamento) o para incidir en cuestiones de legalidad procesal (artículo 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)— Contra la presente nota de calificación (...) Mijas, 14 de noviembre de 2014 (firma ilegible). Javier Aznar Rivero».

III

El día 21 de noviembre de 2014, doña M. S. L. O., en nombre y representación de «Diagonal Gest, S.L.», apoderada de don B. O. y «Caixabank, S.A.», interpuso recurso contra la calificación, en el que en síntesis alega lo siguiente: Primero.—Considera la entidad que ha cumplido estrictamente con la legalidad vigente en tanto se ha pactado en la escritura de hipoteca objeto de la calificación que los intereses de demora no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero, solo pudiendo devengarse sobre el

principal y no pudiéndose capitalizar salvo en lo dispuesto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ello, por tratarse de una hipoteca constituida sobre la vivienda habitual y destinarse la financiación garantizada a la adquisición de la misma; Segundo.— Entiende la recurrente que la entidad representada ha actuado de conformidad con los principios sobre la calificación e inscripción del derecho real de hipoteca tras la reforma introducida por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, y Tercero.—En la escritura se pacta un tipo de interés de demora a efectos obligacionales que se ajusta al tipo previsto por imperativo legal y se pacta un tipo de interés máximo moratorio a efectos de responsabilidad hipotecaria que puede ser superior al actual 12%, ya que es admisible un interés máximo moratorio a efectos de responsabilidad hipotecaria que puede ser superior al actual 12% resultante de la aplicación de la fórmula legal o a la resultante en el futuro —por ejemplo un 15%— porque esa variabilidad del interés legal del dinero puede generar un interés moratorio superior al máximo posible en el momento del otorgamiento de la escritura de hipoteca, porque la vivienda pueda dejar de ser habitual y así se prevea en la cláusula respectiva, y porque la configuración de la responsabilidad por intereses moratorios como una hipoteca de máximo en garantía de obligaciones futuras así lo permite.

IV

Dentro del plazo reglamentario, se dio traslado del escrito de recurso al notario autorizante de la escritura, sin que a la fecha se hayan producido alegaciones.

Mediante escrito, de fecha 28 de noviembre de 2014, el registrador de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 1255, 1256 y 1288 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; la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de enero de 2015, 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, 24 de agosto, 1 de septiembre y 24 de octubre de 1998, 29 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, 13 de septiembre, 10 (1.ª) y 31 de octubre y 11, 18 y 26 de noviembre de 2013, 25 de abril, 29 de mayo y 3 de octubre de 2014 y 14 y 21 (2ª) de enero de 2015.

1. En este expediente se pretende la inscripción de una escritura de préstamo hipotecario en la que se pacta que el préstamo «...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» (pacto sexto, párrafo primero). Se añade que: «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 (13,069%)» (pacto sexto, párrafo cuarto). Y, asimismo, se dispone que la hipoteca se constituye en garantía, entre otros conceptos, «...c) del pago de los intereses de demora por el plazo dieciocho meses, a razón del tipo convenido...» (pacto octavo).

En dicha escritura se hace constar que la finca hipotecada constituye la vivienda habitual de los deudores.

El registrador suspende la inscripción solicitada porque considera que el pacto sexto relativo a los intereses moratorios no se ajusta al principio de especialidad, ya que no se hace la salvedad relativa a que el tipo de interés de demora máximo, del 13,069%, solo operará en caso de que, en el momento del devengo, sea igual o inferior al límite establecido por la Ley 1/2013.

2. Como puso de relieve esta Dirección General en la Resolución de 18 de noviembre de 2013, siendo los intereses legales del dinero esencialmente variables, al ser revisados anualmente por las respectivas leyes presupuestarias (vid. artículo 1 de la Ley 24/1984, de 29 de junio, sobre modificación del tipo de interés legal del dinero), 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. En concreto, 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 tales tienen carácter de crédito futuro en el momento de la constitución de la hipoteca, por lo cual no solo 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».

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».

Por otra parte, 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 solo 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 solo 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).

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 solo 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. Comoquiera 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, párrafo tercero, 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), solo será aplicable si en el momento de su devengo es igual o inferior al límite legal, salvedad ésta que habrá de hacerse constar en la cláusula correspondiente.

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.

3. La cuestión que se plantea en el presente expediente es de interpretación de la cláusula sexta de la escritura de préstamo hipotecario. Ciertamente el párrafo primero cumple las exigencias legales cuando determina con carácter general que «...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». Pero el problema surge en el párrafo cuarto cuando al utilizar la locución «no obstante» puede significar que 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 el 13,069%, pero no como un nuevo límite para el supuesto de que el triple del interés legal del dinero fuera superior, sino como límite general a efectos hipotecarios, tanto respecto de la parte deudora como de terceros, lo cual no sería admisible si siendo el préstamo destinado a la adquisición de vivienda habitual, garantizado con hipoteca constituida sobre la misma vivienda, el triple del interés legal del dinero fuera inferior al 13,069%.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que de conformidad con el artículo 80 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente aquéllas deberán cumplir los requisitos de concreción, claridad y sencillez en la redacción.

Esta exigencia es especialmente relevante en materia de préstamos y créditos hipotecarios que posibilitan el ejercicio de la acción directa hipotecaria con causas de oposición tasadas (artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), siendo así que el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados solo puede 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 (cfr. artículo 130 de la Ley Hipotecaria). Es de destacar que la sentencia del Tribunal Constitucional número 41/1981, de 18 de diciembre, al aceptar la constitucionalidad del procedimiento de ejecución sumaria hipotecaria del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, hoy procedimiento de ejecución directa hipotecaria regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, manifestó que «la hipoteca voluntaria, dice el art. 145 de la Ley Hipotecaria, se constituye en escritura pública, con la especial garantía que ello trae consigo, y se inscribe en el Registro, con una inscripción que tiene valor constitutivo. El nacimiento de la hipoteca se halla así sometido a la voluntad del constituyente en la fase anterior al Registro y en la propiamente registral. Este dato permite sostener que la contradicción en el sentido amplio del término, y la defensa frente a las pretensiones del acreedor, no solamente están garantizadas por el declarativo ordinario, sino que lo están también, durante la vida de la hipoteca, por lo que se puede llamar procedimiento registral, que permite al deudor oponerse a la inscripción o instar la cancelación de la hipoteca cuando concurren los requisitos para ello. Así, la favorecida posición del acreedor está compensada con las garantías registrales que la Ley concede al deudor para incidir en el nacimiento, subsistencia y extinción del título».

Siendo ello así, solo se podrá ejecutar la hipoteca en los términos en que se haya inscrito, y solo se podrá inscribir en la medida en que previamente haya sido calificada favorablemente (cfr. artículo 18 de la Ley Hipotecaria). En efecto, como ha dicho recientemente este Centro Directivo en sus Resoluciones de 13 de septiembre y 18 de noviembre de 2013, no parece en modo alguno tolerable a la vista de los últimos acontecimientos, y por consiguiente de la presente realidad social, que el contenido legal del derecho de hipoteca –y por tanto del crédito garantizado– susceptible de ser exigido mediante la acción real hipotecaria, no quede en la inscripción nítidamente delimitado sin confusiones de ningún tipo. Es misión principal del Registro de la Propiedad aportar claridad y precisión a las relaciones jurídicas inscritas no solo en interés de terceros sino de las mismas partes, sobre todo cuando, como en este caso, la inscripción es constitutiva y por tanto el contenido de la reclamación hipotecaria, también entre ellas, viene determinado solo por los extremos del título que se hayan recogido en el asiento

(artículo 130 de la Ley Hipotecaria). En efecto, la acción hipotecaria entre partes, incluso a la que se da curso por el procedimiento ordinario de ejecución forzosa, no se confunde con la acción personal por el crédito garantizado. Su plazo de prescripción es distinto (artículos 1964 del Código Civil y 128 de la Ley Hipotecaria); no se suspende por muerte del deudor o tercer poseedor, ni definitivamente por el concurso del propietario (artículos 56 y 57 de la Ley Concursal), ni por la interposición de tercerías que se funden en títulos no previamente inscritos (artículo 127 «in fine» de la Ley Hipotecaria); tampoco, en fin, es acumulable con otros ejecutivos no hipotecarios (artículo 555 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Solo deberían por ello tener transcendencia registral en materia de hipotecas y por tanto hacerse constar en el asiento, si son conformes a ley, las estipulaciones que fijan las circunstancias de que pende el ejercicio de la acción real hipotecaria –como el plazo o las causas de vencimiento anticipado–; las cláusulas, financieras o no, que fijan el contenido susceptible de reclamación hipotecaria; las cuantías que puede alcanzar ésta por los distintos conceptos asegurados (junto con las fórmulas y procedimientos articulados para proceder a su determinación), y, finalmente, los pactos que cumplen con aquellos requisitos de carácter imperativo que condicionan su admisibilidad procesal, o determinan los procedimientos por los que puede dársele curso, así como las circunstancias y trámites de cada uno de éstos que, siendo posible según ley, sean objeto de disposición por las partes. La confusión –y la hay cuando en un mismo asiento se mezclan lícito e ilícito, obligación personal y sujeción real, con el consiguiente riesgo para deudor y tercer poseedor de que el acreedor en el campo extrajudicial intente hacer pasar una cosa por otra– no puede perjudicar nunca a quienes no son en ningún modo responsables de ella (cfr. artículo 1288 del Código Civil) y, en cualquier caso, contraría los principios del sistema (cfr., entre otros, solo de la Ley, artículos 322 y siguientes, 258, 253, 98, 65, 29, 18, 12 y 9).

Una conclusión que, por lo demás, se refuerza si nos atenemos a la jurisprudencia comunitaria en materia de protección de consumidores y usuarios. No hay que olvidar el origen comunitario de gran parte de la normativa española en esta materia y la necesidad de que las autoridades nacionales realicen una interpretación conforme al Derecho comunitario del ordenamiento nacional, interpretación que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ampliado a las Directivas. Según la Sentencia Von Colson (As. 14/83) y reiterada jurisprudencia posterior de la Corte de Luxemburgo, en efecto, la obligación de los Estados miembros, derivada de una Directiva, de conseguir el resultado previsto por la misma, así como su deber de adoptar todas las medidas generales o particulares necesarias para asegurar la ejecución de esta obligación, comprende a todas las autoridades de los Estados miembros, autoridades entre las que deben incluirse tanto notarios como registradores. La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores –transpuesta mediante el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios– tal y como puso de manifiesto la Abogada General en sus conclusiones al asunto C-40/08, exige expresamente de los Estados miembros, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, la disposición de instrumentos, esto es, «medios adecuados y eficaces» para que cese el uso de cláusulas abusivas. La Sentencia finalmente dictada por el Tribunal en este asunto de 6 de octubre de 2009 tan solo entiende que no actúa el «principio de efectividad» de la Directiva en la protección del consumidor cuando se pretende la ejecución forzosa de una resolución (en el caso de autos era un laudo) que es firme y amparado en la eficacia de la cosa juzgada, cuando además el consumidor no intervino ni en el procedimiento arbitral ni en el de su ejecución.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la nota de calificación.

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

Madrid, 3 de febrero de 2015.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.