

EL TIPO MÁXIMO DE LOS INTERESES MORATORIOS A EFECTOS DE RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA PODRÁ SER INFERIOR, IGUAL O SUPERIOR EN MÁS DE DOS PUNTOS AL TIPO MÁXIMO DE LOS INTERESES REMUNERATORIOS*

Resolución de 21 de marzo de 2017 de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Pascual Martínez Espín

Centro de Estudios de Consumo

Profesor acreditado a Catedrático de Derecho Civil

Universidad de Castilla- La Mancha

Resumen: La resolución comentada tiene por objeto estudiar si el tipo máximo de interés moratorio a efectos de responsabilidad hipotecaria puede exceder en más de dos puntos del tipo máximo de interés ordinario.

Palabras clave: Intereses moratorios, responsabilidad hipotecaria, límite de los intereses.

Title: The maximum default interest rate for mortgage liability purposes may be lower, equal o higher than two points at the maximum contractual interest rate

Abstract: The purpose of the aforementioned resolution is to examine whether the maximum default interest rate for mortgage liability purposes may exceed by more than two points of the maximum contractual interest rate.

Keywords: Default interest rate, mortgage liability, interest rate limit.

SUMARIO. 1. Planteamiento. 2. La doctrina de la DGRN. 2.1. *Intereses pactados*. 2.2. *Responsabilidad hipotecaria*. 3. Conclusión.

* Trabajo realizado en el marco de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo, dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera, de la UCLM, ref. DER2014-56016-P.

1. Planteamiento

El recurso tiene por objeto único la adecuación a Derecho de la calificación de la registradora de la propiedad, 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.

La cuestión que se debate es si el tipo máximo del interés moratorio a efectos de responsabilidad hipotecaria puede exceder en más de dos puntos del tipo máximo del interés remuneratorio pactado¹.

La registradora, de conformidad con la regla contenida en el artículo 322 de la Ley Hipotecaria, niega la inscripción 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 pacta².

La notaria recurrente indica que debe distinguirse entre el límite superior de oscilación que se pueda pactar entre las partes respecto a la variabilidad del tipo de interés moratorio, con alcance meramente obligacional, y el 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 los arts. 114 LH y 220 RH.

Además del artículo 114.III LH, precepto que establece un límite 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.

La DGRN acoge esta última postura, estima el recurso y revoca la nota del Registrador.

2. La doctrina de la DGRN

¹ La Resolución de 29 de mayo de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Málaga n.º 10 por la que se suspende la inscripción de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria, se pronunció sobre una cuestión similar; en concreto sobre si el tipo establecido como máximo de responsabilidad para los intereses de demora en la cláusula de constitución de hipoteca es contrario o no al artículo 114.3 de la L.H. tras la reforma operada por la Ley 1/2013 de 14 de mayo.

² Aunque no consta el tenor literal de la cláusula controvertida, podemos deducir que se formalizó un préstamo con garantía hipotecaria, en la que se pacta que el interés de demora que, en su caso, se devengue en favor del banco «será del 9%». Y, asimismo, se pacta que la hipoteca garantiza el «pago de los intereses de demora convenidos en la estipulación anterior, limitándose igualmente esta responsabilidad, a efectos de lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, a los de dos años al tipo máximo a efectos hipotecarios del nueve por ciento nominal anual».

Según la DGRN es necesario distinguir entre los intereses pactados por los contratantes (ordinarios y de demora) y la responsabilidad hipotecaria. De hecho, la escritura de préstamo hipotecario se divide en dos. Una primera parte obligacional, que regula el préstamo, y una segunda donde se constituye la garantía sobre el bien. Esta segunda es la cláusula que establece que "en garantía de este préstamo se constituye hipoteca por un importe de A de principal, de B de intereses ordinarios, de C de intereses de demora y de D para costas y gastos. La suma de estos conceptos es la denominada responsabilidad hipotecaria. La responsabilidad hipotecaria nos indica, en cada caso, cual es el máximo de lo que responde un tercero de buena fe en caso de que él sea propietario y se ejecute el bien. En definitiva, es un instrumento de protección e información a terceros, así como del acreedor. Si no existiese, el acreedor no podría exigir los intereses ordinarios (salvo un máximo de dos años fijados por ley), los intereses de demora, o las costas, sino tan solo el capital.

En relación con los intereses de demora la DGRN en su Resolución de 20 de mayo de 1987, señala que 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 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; 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 RRDGRN 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».

2.1. Intereses pactados

Los intereses ordinarios en cuanto retributivos 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. Las partes no tienen más límite que el

de los principios generales de obligaciones (art. 1255 CC), o los de normas que puedan incidir en la validez de lo pactado (usura, condiciones generales) (recuérdese que sobre los intereses ordinarios no cabe control de abusividad) [y los de las resoluciones de 20 junio, 7 abril, 10 febrero 2016 y 22 julio 2015]. En cuanto a los intereses de demora, si se trata de un préstamo hipotecario que grava una vivienda, que es la habitual del deudor y cuyo importe está destinado a financiar la adquisición de la vivienda será aplicable la limitación que para los mismos establece el artículo 114 de la Ley Hipotecaria.

2.2. Responsabilidad hipotecaria

Cuando un deudor hipotecario no puede afrontar los pagos de su hipoteca, ha de saber a qué se enfrenta cuando se inicia el despacho de la ejecución. El error común es pensar que sólo debe la cuantía del préstamo hipotecario restante de abonar. La realidad es que deberá afrontar lo que se denomina responsabilidad hipotecaria, que se compone de otros conceptos económicos y que es indudablemente más amplia que la cuantía del préstamo. Esta responsabilidad hipotecaria viene determinada en la escritura de constitución de la hipoteca y está anotada convenientemente en el Registro de la Propiedad. La posibilidad de cobertura hipotecaria está expresamente regulada en el art. 12 LH. Por tanto, la responsabilidad hipotecaria es la cantidad máxima de la que responde el bien inmueble en caso de ejecución de la hipoteca por impago del préstamo que garantiza. Su importe incluye:

1. La cantidad prestada y pendiente de pago.
2. Los intereses remuneratorios pactados con el banco.
3. Los intereses de demora. En este sentido, la ley 1/2013 introdujo una modificación importante, al establecer que estos intereses no podrán ser superiores a 3 puntos por encima del tipo vigente.
4. Gastos y costas judiciales. También en este apartado la ley ha introducido un cambio de relevancia, al limitar estos gastos y costas en caso de que se trate de la vivienda habitual del ejecutado. En tal caso, no podrán superar un 5% del principal del préstamo.
5. Gastos extrajudiciales relativos a la efectividad de la garantía y conservación de la finca hipotecada, tales como las contribuciones y tributos que graven la finca, los gastos de comunidad y los seguros.

La suma de todos estos conceptos nos revelará la suma total por la que debe responder el bien y a la que el prestatario debe hacer frente si no se cubriera por completo con la subasta de la vivienda. A ello habrá que sumarle igualmente el impuesto de plusvalía. Normalmente, suele oscilar entre el 30%-50% del principal del préstamo.

Es doctrina consolidada de la DGRN (en especial a partir de las Resoluciones de 26 y 31 de octubre de 1984) que la garantía de los intereses sujetos a

fluctuación, desde el momento en que a través del asiento registral no puede determinarse la suma concreta a que en cada período de devengo van a ascender, tan solo cabe a través de una hipoteca de máximo, para las que por exigencia del principio de determinación registral (artículos 12 de la Ley Hipotecaria y 219 de su Reglamento) se requiere señalar el tope máximo del tipo de interés que queda cubierto con la garantía hipotecaria que se constituye y cuya determinación (Resoluciones de 16 de febrero de 1990 y 20 de septiembre de 1996), en cuanto delimita el alcance del derecho real constituido, lo es a todos los efectos, tanto favorables como adversos, ya en las relaciones con terceros, ya en las que se establecen entre el titular del derecho de garantía y el dueño de la finca hipotecada que sea a la vez deudor hipotecario (acciones de devastación, de ejecución hipotecaria, etc.).

Pero la doctrina recogida en las anteriores resoluciones (seguida por 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).

A) Garantía de intereses ordinarios

La cobertura de garantía de los intereses remuneratorios pactados viene determinada, desde el punto de vista hipotecario, por dos aspectos:

- 1.- La cobertura sólo puede alcanzar a las obligaciones garantizadas en la medida que hayan sido pactadas y con el alcance que hayan sido pactadas (art. 130 LH). La cobertura hipotecaria no puede cubrir obligaciones no existentes, 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 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.
- 2.- La cobertura hipotecaria de los intereses ordinarios (también los moratorios) está sujeta a unos límites distintos a los derivados de las normas generales del ordenamiento civil, límites que son tanto estructurales, en cuanto propios de cualquier derecho real inscrito, como particulares de la obligación accesoria de intereses por decisión expresa del legislador.

La exigencia de determinación propia del Derecho hipotecario, impone a su vez que la obligación garantizada, así como los distintos elementos que conforman su exigibilidad, consten debidamente delimitados ya sea su cuantía, devengo, vencimiento o tope cuando de intereses variables se trate. En cuanto a la limitación temporal de cobertura el art. 114 LH 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.

B) Garantía de intereses moratorios

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 (arts. 12 LH y 219 RH) se requiere señalar el tope máximo del tipo de interés que queda cubierto con la garantía hipotecaria y cuya determinación (Resoluciones de 16 febrero 1990 y 20 septiembre 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. En el mismo sentido, las Resoluciones de 8 y 9 febrero 2001.

Los intereses de demora, al generarse como consecuencia de un incumplimiento, tienen por definición carácter eventual y como tal tienen carácter de crédito futuro, no sólo en su cuantía sino en su misma existencia encontrándose en una situación de indeterminación. Esa indeterminación en su existencia y en su cuantía, por cuanto los pactados en la escritura son variables y el nuevo límite legal del artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria también lo es, sólo puede salvarse y es perfectamente posible hacerlo a través de la hipoteca de máximo.

C) La distinción entre intereses pactados y garantía hipotecaria

Según la DGRN, una cosa es 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 art. 114.3 LH) 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 [mediante la acción real o la personal]; y otra distinta que los intereses efectivamente devengados que excedan de tal cobertura [hipotecaria], 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 (efecto obligacional).

Es en este ámbito del devengo obligacional de intereses moratorios en el que la STS (Pleno) núm. 364/2016, de 3 junio (JUR 2016\126397) ha fijado como criterio objetivo de abusividad, 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 la DGRN, recogida en las Resoluciones de 30 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 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 (arts. 114.2 y 3 LH y 220 RH), opera la libertad de pacto, la cual puede ejercitarse, bien: (1) no garantizando los intereses devengados de un tipo determinado, (2) bien fijando una cobertura en número de años distinta para cada tipo de interés, (3) 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 (arts. 1255 y 1826 CC).

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.

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 podrá garantizar intereses que no se puedan devengar en el plano obligacional, pero los contratantes son libres de garantizar los intereses de manera plena o parcial o no garantizarlos y ello respecto 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 por encima de los intereses ordinarios, como límite para calcular el importe de los intereses de demora devengados, implique que ese mismo margen deba emplearse como tipo máximo a efectos meramente hipotecarios (vid. Resoluciones de 28 mayo 2014 y 25 enero 2017).

En la escritura calificada se ha pactado un máximo de la responsabilidad hipotecaria de la finca por el concepto de intereses de demora un porcentaje (que se desconoce). Nótese que ese porcentaje no es un pacto de intereses de demora sino un límite máximo a la responsabilidad

hipotecaria. Los intereses de demora ya están pactados en la escritura al nueve por ciento. Nunca se podrá reclamar a la parte deudora una cantidad de intereses de demora que sean superiores a los pactados. Los pactados han de respetar tanto el límite legal del art. 114.III, como el límite jurisprudencial establecido en la STS (Pleno) núm. 364/2016, de 3 junio (JUR 2016\126397). Pero como los intereses pactados están sujetos a fluctuación, tanto por la forma de pacto variable como por la propia variabilidad del nuevo límite legal, no podría cumplirse con la exigencia de determinación si no se señalara un tope máximo del tipo de interés que quedará cubierto con la garantía hipotecaria y cuya determinación delimita el alcance del derecho real constituido a todos los efectos. Podrá ocurrir que ese máximo pactado de responsabilidad quede durante la vigencia del préstamo y por la variabilidad del límite legal del artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria por encima o por debajo de los intereses realmente exigibles al deudor. Ese límite, 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. Si el límite pactado de responsabilidad hipotecaria está por encima del límite convenido para los intereses de demora no podrán exigirse al deudor más intereses que los realmente convenidos. Si el límite pactado de responsabilidad hipotecaria está por debajo del límite convenido para los intereses de demora, el límite delimitador de la responsabilidad hipotecaria operará cuando exista perjuicio de terceros, de forma que cuando no se de 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 aquél tipo máximo, por los realmente devengados durante los períodos temporales previstos en el artículo 114 de la L.H. El artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria ha impuesto un límite a los intereses de demora que se podrán exigir al deudor de un préstamo hipotecario que recaiga sobre vivienda habitual, cuando dicho préstamo está destinado a la adquisición de la misma. Dicho límite consiste en tres veces el interés legal del dinero. Pero lo que no ha dicho este artículo en su nueva redacción es que la responsabilidad máxima de la finca por razón de intereses de demora tenga el límite de tres veces el interés legal del dinero al tiempo de la constitución de la hipoteca.

De este modo, la consideración que hace el registrador de que el tipo de interés de demora es contrario a la limitación de los intereses de demora es abusivo por ser contrario a la doctrina jurisprudencial, al igual que si se alegara la vulneración de la Ley 1/2013, no es correcta puesto que no se trata del tipo de interés pactado, sino del límite de la responsabilidad hipotecaria impuesto por el principio de determinación y la técnica de la hipoteca de máximo, límites exigidos por la variabilidad del límite pactado de los intereses de demora convenidos. El tipo máximo pactado para dicha cobertura del derecho real sólo será aplicable si en el momento del

devengo de los intereses moratorios dicho tipo es igual o inferior al referido límite legal impuesto en el artículo 114, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria

La reserva o salvedad del límite legal (o jurisprudencial) se puede hacer constar en la escritura tanto en la estipulación relativa al pacto del interés de demora como en la de constitución de la hipoteca con establecimiento de la responsabilidad hipotecaria. Con una vez debe bastar, ya que también la estipulación en que se pactó el tipo de interés de demora va a ser objeto de calificación por su transcendencia registral y por tanto deberá hacerse constar en el asiento, tal y como ha señalado la DGRN, al formar todo ello parte de la "cláusulas, financieras o no, que fijan el contenido susceptible de reclamación hipotecaria" (Resolución de 18 de noviembre de 2013).

3. Conclusión

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, pues esta regla, sentada por el TS, en la sentencia de 3 junio 2016, sólo es de aplicación a los intereses de demora pactados.