

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso revocando la decisión apelada y la nota que mantuvo.

Madrid, 12 de marzo de 2001.—La Directora general, Ana López-Monís Gallego.

Sr. Registrador Mercantil de Huesca.

7567

RESOLUCIÓN de 13 de marzo de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por «Banco Hipotecario de España, S. A.», contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Murcia número 2, don Eugenio Aguilar Amador, a inscribir una escritura de préstamo hipotecario, en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales, don Alfonso Vicente Pérez Cerdán, en nombre del «Banco Hipotecario de España, S. A.», contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Murcia número 2, don Eugenio Aguilar Amador, a inscribir una escritura de préstamo hipotecario, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos

I

El 21 de febrero de 1997, mediante escritura pública otorgada ante el Notario de Murcia, don José Antonio Roma Riera, el Banco Hipotecario de España concedió un préstamo de determinada cantidad de dinero a don Pedro Martínez Puig y doña Encarnación Vera Jara, los cuales constituyen hipoteca sobre una finca urbana sita en dicha ciudad.

En la citada escritura se establecieron las siguientes cláusulas: 3.ª bis. «Tipo de interés variable. Índices de referencia. 1. Períodos de interés variable. En cada «período de interés variable» el «tipo de interés vigente» será el que se obtenga de redondear al alza al más cercano cuarto de punto, el tipo nominal, expresado en tasa porcentual anual, que se define a continuación y, en su defecto, el tipo nominal sustitutivo que también se define seguidamente, con indicación en ambos casos del índice de referencia y margen constante que se utilizan para la determinación del respectivo tipo nominal. Los índices de referencia que se definen en el mismo apartado, son: 1.º Índice de referencia principal: Índice Mibor (tipo interbancario a un año Mibor). 2.º Índice de referencia sustitutivo: Índice «Conjunto de Entidades» (Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por el Conjunto de entidades de crédito). 3.º Tipo nominal por imposibilidad de aplicación de los índices de referencia anteriores...» 6.ª «Intereses de demora. Cualquier débito vencido de la parte prestataria y no pagado al Banco devengará intereses de demora a favor de éste desde la fecha en que debió ser solventado hasta el día de su completo pago, y sin necesidad de requerimiento alguno, sin perjuicio de la facultad de vencimiento anticipado atribuida al Banco en la cláusula 6.ª bis. Estos intereses se devengarán por días, y se calcularán a razón del tipo anual resultante de incrementar en seis puntos porcentuales el «tipo de interés vigente» con arreglo a las establecido anteriormente, redondeándose la suma por exceso a enteros por ciento y sin que en ningún caso el tipo de interés de demora pueda ser inferior al 24 por 100 anual». 9.ª «Constitución de hipoteca. Sin perjuicio de la responsabilidad personal ilimitada y solidaria de la parte prestataria, ésta constituye hipoteca, que el banco acepta, sobre la finca que a continuación se describe, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en esta escritura, respondiendo de la devolución del capital del préstamo en los casos, forma y plazos convenidos, y además: a) del pago de los intereses ordinarios convenidos en las cláusulas 3ª y 3ª bis, limitándose esta responsabilidad a los efectos del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, a una cantidad máxima igual al importe de cinco anualidades de tales intereses al tipo máximo de nueve enteros, cincuenta centésimas de otro por ciento (9,50 por 100), que se fija a este solo efecto, sin perjuicio de la modificación pactada dentro de los términos de la cláusula 3ª bis; b) del pago de los intereses de demora pactados en la cláusula 6ª, limitándose hipotecariamente la responsabilidad por este concepto, de manera que estos intereses de demora, al tipo del veinticuatro por ciento (24 por 100), que se fija a este solo efecto, ni por sí solos, ni sumados a los intereses ordinarios pendientes, sobrepasen el mismo importe de cinco anualidades de intereses ordinarios determinado en el anterior apartado a); y...» 10.ª «Fuero, domicilio, tipo de subasta, título ejecutivo... A efectos de lo dispuesto en el artículo 1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y para

el sólo caso de que la entidad acreedora decida acudir al procedimiento ejecutivo común, se pacta expresamente por los contratantes que la liquidación para determinar la deuda ejecutivamente reclamable en dicho procedimiento podrá practicarse por el banco mediante la expedición de la oportuna certificación que recoja el saldo que presente la cuenta del deudor. En su virtud, bastará para el ejercicio de la acción ejecutiva la presentación de copia autorizada de esta escritura y la aportación de un certificado expedido por el Banco del saldo que resulta a cargo del deudor por todos los conceptos. En documento fehaciente hará constar fedatario público que intervenga, a requerimiento de la entidad acreedora, que el citado saldo coincide con el que aparece en la cuenta abierta del deudor, que la liquidación de la deuda se ha practicado en la forma pactada por las partes y que ha sido previamente notificada al deudor. En la liquidación se especificarán en su caso, los tipos de referencia distintos del inicial que se hayan utilizado en la misma...»

II

Presentada copia de la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Murcia número 2, fue calificada con la siguiente nota: «Presentado el precedente documento en unión de otro de subsanación, respecto a la cláusula 9ª, otorgada en Murcia ante el mismo Notario, con fecha ocho de abril de mil novecientos noventa y siete, número 692 de protocolo, se observan los defectos subsanables siguientes. 1). Las cláusulas 3ª bis, 6ª relativa a intereses de demora, y 9ª, infringen el principio de determinación y la doctrina de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de febrero de 1990, 12 de julio y 20 de septiembre de 1996, entre otras; por cuanto: En la cláusula 3ª bis. —tipo de interés variable—, no se fija límite alguno de variabilidad del tipo de interés, al alza y a la baja; en la cláusula 6ª, —intereses de demora—, se señala un límite mínimo pero no máximo; y en la cláusula 9ª, constitución de hipoteca, se establece un tipo máximo del nueve coma cincuenta por ciento, «a efectos meramente hipotecarios», siendo así que el tipo máximo debe operar a todos los efectos legales, tanto en las relaciones entre acreedor hipotecario y deudor hipotecante, como en las que se produzcan 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. 2) Las cláusulas 1ª bis, 2ª 3, 3ª 4, 4ª, 5ª, 7ª, 8ª, 11ª y 12ª, así como los párrafos primero y cuarto de la cláusula 10ª, carecen de trascendencia real, infringiendo además la cláusula 5ª el principio de determinación y la cláusula 11ª el artículo 27 de la Ley Hipotecaria y artículo 13 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos. Por otro lado, las comisiones previstas en la cláusula 4ª, no están aseguradas con la garantía hipotecaria. 3) El párrafo quinto de la cláusula 10ª contiene un pacto sobre materia sustraída a la autonomía de la voluntad e infringe lo dispuesto en los artículos 1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 153 de la Ley Hipotecaria y 245 de su Reglamento, así como la doctrina de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de enero de 1996, entre otras. 4) El inciso final del párrafo quinto de la cláusula 9ª (relativo a la extensión de la hipoteca), no respeta la limitación establecida en el artículo 112 de la Ley Hipotecaria. 5) La cláusula 6ª bis, vencimiento anticipado, en cuanto se refiere a las obligaciones establecidas en las cláusulas 1ª bis, 2ª 3, 3ª 4, 3ª bis, 4ª, 5ª, 6ª, 7ª, 8ª y 11ª participa de los defectos anteriormente atribuidos a esas cláusulas. Y en su párrafo segundo contiene pacto sobre materias sustraídas a la autonomía de la voluntad. 6) Los apartados relativos a la T. A. E. y las declaraciones finales tienen mero carácter informativo. Solicitada anotación de suspensión, se ha tomado por plazo de sesenta días, respecto al defecto subsanable reseñado en el apartado 1 de esta nota, al Libro 54 de la Sección 2ª, Folio 63 vto, Finca 3730. Anotación letra A, y denegados los pactos y estipulaciones expresados en los apartados 2) al 6) inclusive, de dicha nota por las causas que se indican. Contra la nota de calificación se puede interponer dentro del plazo de cuatro meses a contar desde su fecha, recurso gubernativo ante el Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, con apelación, en su caso, ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, por los trámites establecidos en los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario. Murcia, 15 de julio de 1997. El Registrador. Firma ilegible».

III

El Procurador de los Tribunales, don Alfonso Vicente Pérez Cerdán, en nombre del «Banco Hipotecario de España, S. A.», interpuso recurso gubernativo contra los defectos 1º y 3º de la nota de calificación y alegó: I. Que respecto al defecto señalado bajo el número uno, corresponde hacer las siguientes precisiones: 1.º En la cláusula 3ª bis de la escritura se

establecen las reglas para determinación del tipo de interés ordinario que será aplicable al préstamo a partir del segundo año de duración prevista. En las reglas e índices de referencia que se definen en el mismo apartado, se expresa como índice de referencia oficial el índice Mibor y como índice de referencia sustitutivo el «Conjunto de Entidades». 2.º En la cláusula 6ª se estipula el tipo de interés de demora aplicable a los débitos vencidos no pagados en el préstamo, que se calculará incrementado en seis puntos porcentuales el tipo de interés aplicable, con un mínimo del 24 por 100 anual. 3.º La estipulación 9ª de constitución de hipoteca, fija los topes de responsabilidad por intereses ordinarios y de demora, bajo la fórmula que se establece en los apartados a) y b) de la referida cláusula. Que la inscripción de hipotecas en garantía de préstamo a interés variable es cuestión pacífica en nuestro Derecho (artículo 131, regla 4ª, de la Ley Hipotecaria), existiendo bastante jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado, respecto a dicha inscripción (Resoluciones de 26 y 31 de octubre de 1984, 23 y 26 de octubre de 1987, 14 de enero de 1991, así como las citadas por el Registrador). En las expresadas Resoluciones se exigen, para dar cobertura hipotecaria al pacto de variabilidad de intereses, los siguientes requisitos: a) Que la variación pactada permita su determinación con referencia a factores objetivos; esto es, índices de referencia oficiales publicados en el «Boletín Oficial del Estado». Los tipos de referencia pactados en el documento calificado corresponden con dicha definición; b) Que se señale un límite máximo de responsabilidad hipotecaria. En la estipulación 9ª se fija un tipo máximo de interés a efectos hipotecarios, independiente del límite de anualidades frente a tercero que se determine a los efectos del artículo 114 de la Ley Hipotecaria. Que el Sr. Registrador requiere, para la inscripción de la hipoteca, que se establezca una limitación que afecte no sólo al derecho real de hipoteca que se quiere constituir, sino a la obligación en cuya garantía se constituye, de tal forma que en el préstamo se fije un tipo máximo y mínimo a partir o por debajo del cual no resultarían de aplicación las reglas de variabilidad pactadas. Sin embargo, dicha interpretación no tiene fundamento legal, ni se corresponde con la interpretación realizada por la Dirección General, por cuanto no se trataría únicamente de definir con precisión los límites de la garantía hipotecaria (a todos los efectos legales) sino de limitar la propia obligación garantizada. Que no tiene fundamento legal por cuanto no existe norma alguna que exija, para la determinación del tipo de interés variable, establecer un límite. El cálculo del tipo de interés tomado como referencia un índice objetivo, elimina la posibilidad de un devengo excesivo o usurario de los mismos. La Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios tampoco exige límite. Que contradice dicha interpretación las Resoluciones citadas y, con mayor precisión, lo manifiesta la Resolución de 23 de octubre de 1987. Que, de conformidad con lo expuesto, el documento calificado no infringe el principio de especialidad respecto a la cuantía máxima de que hipotecariamente responde la finca, en garantía de los intereses ordinarios y de demora, con independencia de la extensión del pacto de intereses que, en cuanto exceda, operará únicamente en el ámbito obligacional. II. Que respecto al defecto señalado bajo el nº. 3 en que se estima contrario a la ley el pacto de liquidez contenido en la escritura de préstamo hipotecario, a los efectos previstos en el artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hay que señalar: 1.º Que en dicho artículo, entre los requisitos previstos para despachar ejecución, se regula el llamado pacto de liquidez. Que no puede interpretarse que es materia sustraída a la autonomía de la voluntad un convenio entre las partes que se haya prevenido en la ley y cuya existencia se requiere para producir determinados efectos procesales. 2.º Que los artículos 153 de la Ley Hipotecaria y 245 de su Reglamento no resultan de aplicación por cuanto en los mismos se regula la ejecución de hipotecas en garantía de cuentas de crédito, formalizándose en el documento calificado un préstamo hipotecario. Que, por otra parte, los pactos contenidos en el párrafo quinto de la estipulación 10ª se refieren a incoación de un procedimiento ejecutivo ordinario, y no al procedimiento sumario hipotecario a que se aplica el artículo 131 y siguientes de la Ley Hipotecaria y 225 y siguientes de su Reglamento. III. Que en lo referente al párrafo final de la nota se señala que en la escritura de préstamo se pacta una obligación principal para el prestatario y obligaciones jurídicamente accesorias a la misma, por cuanto no son esenciales para la perfección del contrato que se otorga. En la cláusula de constitución de hipoteca se garantiza la obligación principal y alguna de las obligaciones accesorias. Que el artículo 12 de la Ley Hipotecaria debe interpretarse en conexión con el principio de rogación (artículo 434 del Reglamento Hipotecario) que permite al solicitante o interesado solicitar la inscripción parcial del título. Que dado el carácter accesorio del pacto de intereses, el recurrente debe gozar del derecho de decidir si le satisface una garantía parcial, aún limitada a la obligación de devolución del capital de préstamo, o tener la posibilidad de recurrir únicamente

contra la denegación de dicho pacto, sin entender viciado íntegramente el título, con un efecto aparentemente sancionador. Que así lo entienden las Resoluciones de 24 de abril de 1992 y 8 de noviembre de 1993.

IV

El Registrador de la Propiedad, en defensa de la nota, informó: I. Que en el escrito de interposición del recurso, el recurrente se refiere a los defectos señalados en el apartado 1 de la nota de forma conjunta e incompleta. Que para determinar con claridad las cuestiones planteadas, resulta necesario considerarlos por separado: A. Pacto de variabilidad de intereses. Que es cierto que la hipoteca en garantía de préstamos de interés variable está admitida en nuestro derecho (artículo 131, regla 3ª número 4, de la Ley Hipotecaria). Pero ni la citada regla ni ninguna otra contenida en la Ley Hipotecaria, Código Civil o Código de Comercio establece los requisitos de validez y eficacia de los pactos de variabilidad de intereses. Estos requisitos han de ser deducidos de la jurisprudencia, de la analogía o de los principios generales y, en último caso, de la doctrina especializada. El recurrente no distingue entre pacto de variabilidad y responsabilidad hipotecaria por intereses. Que ciertamente la objetividad de los índices, factores o datos de que dependen al variación de interés, es requisito exigido, sin fisuras, por la Jurisprudencia y la doctrina; pero no es el único, también se exige: que la variación del tipo puede ser tanto al alza como a la baja; que las cláusulas y condiciones que se establecen para calcular el tipo aplicable sean claras y específicas, y que se establezcan topes de variabilidad. Este último, que es lo que ahora interesa, se da en las siguientes consideraciones: 1. La ausencia de límites convierte en aleatorio un contrato comutativo como el préstamo. 2. Si no se fijan los límites se produciría un contrasentido jurídico. 3. El documento calificado contiene un contrato de préstamo garantizado con hipoteca, y una vez que tenga acceso al Registro, si no existen límites de variabilidad quedaría indeterminada la extensión del derecho inscrito (crédito hipotecario) en cuanto a los intereses. 4. El artículo 219-3º del Reglamento Hipotecario ofrece otro argumento aplicable por analogía. 5. Que también hay que considerar la Directiva de la CEE, número 93/13 de 9 de abril de 1993, y según la misma se considera que una cláusula no ha sido negociada individualmente cuando haya sido redactada previamente. Esto último es lo que ocurre en este supuesto. Que hay que tener en cuenta la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1996 y el artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores y usuarios. B) Responsabilidad Hipotecaria por intereses. Que cuestión distinta es la de fijar un límite máximo de responsabilidad hipotecaria por intereses. La escritura calificada fija un tipo máximo del 9,50 por 100, pero sólo «a efectos meramente hipotecarios» y no a todos los efectos legales, tanto entre partes, como respecto a terceros. Que hay que pensar que dicha frase encierra algún significado. Que no puede ser otro que el de «a efectos de terceros» o «en perjuicio de terceros». La equivalencia de la frase anterior y «a efectos hipotecarios» es algo generalizado tanto entre la doctrina como en la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1918). C) Intereses de demora. Que todo lo que se ha dicho para los intereses remuneratorios es aplicable para los intereses de demora, en cuanto que éstos se determinan en función de aquellos, o sea incrementando en un tanto por ciento el interés ordinario aplicable. Pero el problema se agrava, porque olvidando el límite máximo, se establece en la escritura un tope mínimo para los intereses moratorios (no inferior al 24 por 100). Con esto se contradice, desde el principio, la regla general pactada para este tipo de intereses. II. En relación con el defecto tercero de la nota que es objeto de recurso. Que el recurrente hace caso omiso de las declaraciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resoluciones de 19 de enero de 1996, que confirma la doctrina ya mantenida en Resolución de 16 de febrero de 1990. III. Que el apartado tercero del escrito de interposición del recurso, se plantea una cuestión más bien de carácter procedimental, aunque de forma poco esclarecedora. Que se estima que el Registrador lo que no debe hacer es despachar el documento, sin reflejar parte de su contenido esencial y sin contar con el consentimiento del interesado. Si así lo hiciera podrá dar lugar a un asiento de manera quizás no querida por los contratantes, que incluso podrían preferir la no inscripción al despacho del documento en forma no deseada; circunstancia que no fue manifestada en modo alguno con arreglo al principio de rogación (artículo 434 del Reglamento Hipotecario).

V

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, confirmó la nota del Registrador fundándose: 1.º Que existe indeterminación al alza del pacto de variabilidad de intereses, en la cláusula 3ª bis. Esta cláusula, válida y aplicable en cualquier obligación con intereses

ha de tener sus limitaciones y matices cuando se pretenda extender al ámbito hipotecario, por su especial contenido que abomina la indeterminación y la aleatoriedad. La cláusula es contraria al principio de especialidad y al de legitimación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, y no se conocerá la extensión al alza del derecho inscrito, en contra de lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Ley Hipotecaria. 2.º Que existe oscuridad de la cláusula por intereses «a efectos hipotecarios» que es tanto como decir «a efectos de terceros». La Resolución de 12 de julio de 1996 declara no inscribibles tales cláusulas. 3.º Que por aplicación analógica del artículo 219.3º del Reglamento Hipotecario se deberían rechazar «las cláusulas de interés variable» que permitan un incremento superior al 50 o al 25 por 100 según la duración del préstamo. 4.º Que no resulta plausible la pretensión de acomodar los requisitos para la determinación del saldo del procedimiento ejecutivo a su particular conveniencia, en contra de una asentada jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La Resolución de 16 de febrero de 1990 es sustancialmente idéntica al caso que trata el recurso, y en esta misma tesis abunda la Resolución de 3 de enero de 1996.

VI

El Procurador recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: 1.º Que en cuanto a la determinación de la responsabilidad hipotecaria por intereses. Que se considera se confunden obligación garantizada y garantía de la obligación. Que respecto a la obligación no existe, como declara el auto, inconveniente en admitir la fijación de un tipo de interés variable que, por su propia esencia, supone una cierta indeterminación en la obligación asumida, lo que ha llevado a incluir la garantía de los mismos, según doctrina consolidada, dentro del grupo de las hipotecas de seguridad (Resoluciones de 26 y 31 de octubre de 1984). La indeterminación, en cualquier caso, se ve constreñida por la remisión a un tipo de referencia objetivo, externo a las partes y oficial. Que de esta forma se impide la aplicación de un tipo de interés desajustado a las condiciones imperantes en el mercado hipotecario. Se facilita la financiación a largo plazo sin introducir en las condiciones iniciales de la operación una prima de riesgo por los cambios, de difícil predicción, del mercado; y ello, sin perjuicio del necesario y obligado control de la proporcionalidad de las condiciones financieras aplicables, que corresponderá a los Juzgados y Tribunales de forma continuada, así como, tratándose de una entidad de crédito, a los Organismos Públicos, como señala la Resolución de 16 de febrero de 1990. Que admitida la validez de la obligación así pactada se centra el recurso en la necesidad o no de añadir un nuevo requisito (la fijación de un límite). Cuando dicha obligación quiera garantizarse con hipoteca o, más precisamente, si dicho límite es requisito de la obligación o de la garantía real. Que se considera que un límite (la responsabilidad máxima) se ha de predicar de la hipoteca que se constituye, pero no de la obligación que se garantiza. Dicha limitación no es exigida por el principio de especialidad y operaría únicamente en el ámbito obligatorio (Resolución de 23 de octubre de 1987). Que respecto a la garantía establecida, se determina, a efectos hipotecarios, un tipo máximo de interés ordinario, pactándose independientemente de la limitación por anualidades prevista en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria. Que precisamente la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado expresa que la fijación de la responsabilidad hipotecaria opera a todos los efectos, favorables y adversos, frente a tercero y frente al deudor hipotecario, sin que deba ser confundida con la limitación por anualidades que sí se establece «en perjuicio de tercero» (Resolución de 9 de octubre de 1997). Que el artículo 219 del Reglamento Hipotecario exige «una cantidad máxima de responsabilidad hipotecaria», no un límite a la cláusula de estabilización. Respecto a ésta se remite a índices oficiales y objetivos. Que las cláusulas de estabilización del valor constituyen una medida correctora del nominalismo y tratan de paliar las alteraciones del poder adquisitivo del dinero, en el sentido de que transforman las deudas de suma de dinero en deudas de valor por esto se aplican exclusivamente al capital pactado (Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1997). Que constituye un sistema gravoso tanto para el deudor como para el crédito territorial ampliando la garantía del capital para paliar la posible depreciación del mismo. En los préstamos a interés variable se persigue, en cambio, la reducción del riesgo sin ampliar la garantía constituida. Que respecto a la extensión de la garantía por intereses moratorios, procede reiterar lo expresado respecto a los intereses ordinarios. 2.º En lo referente al pacto de liquidez. Que tanto el artículo 1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil como el artículo 153 de la Ley Hipotecaria requieren convenio expreso entre las partes para otorgar eficacia ejecutiva a la certificación del saldo expedido por la Entidad acreedora. La existencia del pacto no es contraria a ninguna norma imperativa. En la cláusula

1ª bis se regula la apertura de una cuenta especial donde, una vez entregado el préstamo a la prestataria, queda depositado hasta el cumplimiento de determinadas condiciones. No se trata de un depósito bancario en cuenta corriente. El préstamo se perfecciona en el mismo acto de otorgamiento mediante entrega al prestatario de la cantidad prestada. Dicha cuenta especial se extingue en el momento que se acredita el cumplimiento de las condiciones pactadas. El supuesto difiere del que dio lugar a la Resolución de 16 de febrero de 1990. En este punto conviene mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1990. La ejecución de hipotecas en garantía de préstamos a interés variable se prevé expresamente en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, en cuya regla 3ª, apartado 4ª se determinan los documentos cuya anotación es necesaria para su tramitación. No resulta de aplicación a las mismas el procedimiento establecido en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria. 3.º En cuanto a la denegación completa de la inscripción se mantienen las alegaciones contenidas en el escrito de interposición del recurso gubernativo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 117 de la Constitución Española, 1.155, 1.281, 1.284, 1.285 y 1.286 del Código Civil, 1.435, 1.464 y 1.466 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881, 132 y 153 de la Ley Hipotecaria, 245 del Reglamento Hipotecario y Resolución de 28 de septiembre y 18 de noviembre de 2000.

1. Según el primer defecto de la nota que es objeto de impugnación, estima el Registrador que hay indeterminación en las cláusulas relativas a la fijación de los intereses ordinarios y moratorios que devengara el préstamo que se garantiza con la hipoteca cuya inscripción se pretende, toda vez que pactándose la variabilidad del tipo de interés aplicable, no se establece tope máximo a la variación de unos y otros, y en la cláusula de constitución de hipoteca, aunque se establece un tipo máximo al definir la respectiva cobertura hipotecaria, se añade que tal fijación lo es a «efectos meramente hipotecarios».

El defecto no puede ser estimado. Por una parte, debe tenerse en cuenta que tratándose de préstamos hipotecarios, el principio de determinación registral se predica solo respecto del derecho real que se inscribe, la hipoteca, la cual debe quedar perfectamente determinada en su alcance y extensión, siendo irrelevantes respecto de aquel principio aquellos aspectos del préstamo garantizado que no influyan en el juego de la garantía, y en consecuencia, no cabe imponer, al amparo de dicho principio, la fijación de un tipo máximo al que pueden ascender los intereses ordinarios o moratorios en las relaciones personales entre acreedor y deudor si se señala el límite al que puede ascender su cobertura hipotecaria, de modo que mas allá del cual no podrán ser ya satisfechos con cargo al precio de remate del bien hipotecado, aun cuando los efectivamente devengados y exigibles en las relaciones personales acreedor-deudor, fueren superiores. Por otra, es indudable que la expresión «a efectos meramente hipotecarios» no puede ser entendida sino en el sentido de fijar la extensión de la cobertura hipotecaria de tales intereses, esto es, de definir el alcance del propio derecho real de hipoteca y, por ende, con alcance tanto inter partes como erga omnes; así resulta no solo de la literalidad misma de la expresión sino también de la necesaria valoración de las cláusulas del contrato en el sentido mas adecuado para que produzcan efectos, de la valoración conjunta de todas ellas, y del entendimiento de las palabras en la acepción mas conforme a la naturaleza y objeto del contrato (cfr arts. 1.281, 1.284, 1.285 y 1.286 del Código Civil).

2. Respecto al segundo de los defectos que son objeto de impugnación, se produce a propósito de la siguiente cláusula de la hipoteca calificada: ... «A efectos de lo dispuesto en el artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y para el sólo caso de que la entidad acreedora decida acudir al procedimiento ejecutivo común, se pacta expresamente por los contratantes que la liquidación para determinar la deuda ejecutivamente reclamable en dicho procedimiento podrá practicarse por el Banco mediante la expedición de la oportuna certificación que recoja el saldo que presente la cuenta del deudor. En su virtud, bastará para el ejercicio de la acción ejecutiva la presentación de copia autorizada de esta escritura y la aportación de un certificado expedido por el banco del saldo que resulta a cargo del deudor por todos los conceptos. En documento fehaciente hará constar el fedatario público que intervenga, a requerimiento de la Entidad acreedora, que el citado saldo coincide con el que aparece en la cuenta abierta del deudor, que la liquidación de la deuda se ha practicado en la forma pactada por las partes y que ha sido previamente notificada al deudor. En la liquidación se especificarán en su caso, los tipos de referencia distintos del inicial que se hayan utilizado en la misma...». En la cláusula primera del negocio calificado se expresa que el prestatario recibe «en este acto a su satisfacción el importe del préstamo», pero en la cláusula

inmediatamente siguiente, se señala que dicho importe se ha ingresado en una cuenta abierta en el propio banco prestamista, de la cual no podrá disponer el prestatario sino después de cumplidas determinadas condiciones. Además, en la cláusula séptima del contrato se establece expresamente que el importe del préstamo deberá destinarse a la financiación de la vivienda que se hipoteca y que constituirá el domicilio habitual del prestatario. El Registrador suspende la inscripción por tratarse de materias sustraídas a la autonomía de la voluntad, y por vulnerar lo dispuesto en los artículos 1435 Ley de Enjuiciamiento Civil, 153 Ley Hipotecaria y 245 Reglamento Hipotecario.

Es inquestionable el carácter de orden público de la regulación del juicio ejecutivo, sin que la autonomía de la voluntad pueda tener otro margen que el expresamente previsto en las leyes (artículo 117 Constitución Española); pero también lo es que la remisión del párrafo penúltimo del artículo 1.435 Ley de Enjuiciamiento Civil, a la Ley Hipotecaria, para el caso de cuentas corrientes abiertas por bancos y cajas de ahorro y garantizadas con hipoteca —hipótesis en la que encaja el supuesto ahora debatido, como ha señalado este Centro Directivo, toda vez que la cantidad prestada y entregada al prestatario ha sido ingresada en una cuenta abierta en el propio banco concedente, y de la que aquel no podrá disponer sino cumpliendo ciertas condiciones—, posibilita un cierto margen a la autonomía de la voluntad, en cuanto viene a permitir el pacto por el cual, a efectos de proceder ejecutivamente, el saldo pueda acreditarse por certificación de la entidad acreedora. Ciertamente, el artículo 153 Ley Hipotecaria, contiene otras exigencias en orden a la operatividad de dicho pacto —posibilidad de oposición por error o falsedad, etc— que no se recogen en la estipulación cuestionada; mas si se tiene en cuenta que: a) aun cuando esas otras exigencias no se recogieran en el pacto que atribuye a la certificación bancaria valor acreditativo del saldo adeudado, serán de inequívoca observancia dado el carácter de ius cogens de esos trámites procedimentales; b) que la estipulación cuestionada concreta la aplicación del pacto considerado al procedimiento ejecutivo ordinario; c) que en la tramitación de dicho juicio se prevé expresamente la oponibilidad por el demandado de las excepciones de falsedad y pluspetición (cfr artículos 1464 y 1466 Ley de Enjuiciamiento Civil); d) que las exigencias adicionales del artículo 153 Ley Hipotecaria, parecen concebirse para la hipótesis de ejecución por el procedimiento judicial sumario, dadas las peculiaridades de su tramitación, que no contempla la alegación de excepciones y en el que no cabe otras causas de suspensión que las del artículo 132 Ley Hipotecaria; e) que la propia literalidad de su párrafo segundo, da a entender que todas las previsiones que le siguen se refieren a la hipótesis de ejecución por este procedimiento (téngase en cuenta a este respecto, la precedencia temporal del 153 Ley Hipotecaria sobre el párrafo penúltimo del 1435 Ley de Enjuiciamiento Civil); nada puede objetarse a la validez e inscribibilidad de tal pacto.

Por lo demás, y habiendo sido así solicitada por el recurrente, ninguna dificultad existe para inscribir parcialmente la hipoteca en cuanto al principal y a las costas, suspendiéndola en cuanto a los intereses ordinarios y moratorios; sobre ser conveniente obtener ya la garantía de aquellos, ninguna razón hay para que el rechazo de la garantía respecto a la obligación accesoria —que puede no haberse pretendido— implique también el de la cobertura de la obligación principal, obligación cuya existencia no queda afectada por los vicios de aquella (cfr. art. 1.155 Código Civil).

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto, revocando el auto apelado y declarando que en el caso debatido podría accederse a la inscripción parcial solicitada.

Madrid, 13 de marzo de 2001.—La Directora general, Ana López-Monís Gallego.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

7568

RESOLUCIÓN de 14 de marzo de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Nigrán don César Manuel Fernández-Casqueiro Domínguez, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Vigo número 2, don Lino Rodríguez Otero, a inscribir una escritura de adición de obra, en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Nigrán don César Manuel Fernández-Casqueiro Domínguez, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Vigo número 2, don Lino Rodríguez Otero, a inscribir una escritura de adición de obra, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos

I

El 25 de septiembre de 1997, mediante escritura pública autorizada por don César Manuel Fernández Casqueiro Domínguez, Notario de Nigrán, doña Teodosia Diz Vidal otorgó escritura de adición de obra en una vivienda unifamiliar de planta baja consistente en la construcción en el año 1993 de un nuevo piso, dedicado a vivienda. La citada finca le fue adjudicada por la liquidación de la sociedad de gananciales por la muerte de su esposo, en las operaciones particionales de los bienes relictos del mismo, verificada en escritura autorizada por dicho Notario el 9 de abril de 1996.

II

Presentada la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Vigo número 2, fue calificada con la siguiente nota: «Presentado el precedente documento, fue calificado desfavorablemente, a los efectos de su inscripción, lo cual se notificó verbalmente al interesado. Solicitada la extensión de la nota de calificación, se redacta del siguiente tenor: Suspendida la inscripción de dicho documento por el defecto subsanable de no haber intervenido en el mismo los herederos de don Angel Cameselle Moreira esposo de doña Teodosia Diz Vidal y fallecido en el año 1996, ya que la obra nueva que ahora se pretende inscribir fue realizada en el año 1993 sobre una finca que tenía carácter ganancial, según resulta de la escritura que motivó la inscripción 1.ª de la misma, que es la número 11.358, al folio 68 del libro 105 del Ayuntamiento de Gondomar, por lo que tal obra nueva tendría carácter ganancial conforme al artículo 1.359 del Código Civil, con lo cual parece que no es suficiente para su constatación registral, la declaración hecha unilateralmente por doña Teodosia Diz Vidal; y dado que los asientos registrales son formas rígidas de publicidad, no pueden practicarse sobre la base de conjeturas o presunciones, sino de hechos ciertos, y en el presente caso, no puede ser sustituida por aquéllas la voluntad de los herederos del nombrado don Ángel Cameselle. Contra esta calificación cabe interponer recurso ante el excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de cuatro meses, y después, en su caso, recurso de apelación ante la Dirección General de los Registros y del Notariado conforme a los artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes de su Reglamento. Vigo, 31 de octubre de 1997. El Registrador. Firma ilegible».

III

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que la cuestión fundamental de este recurso es la de determinar a quién corresponde la facultad o legitimación para declarar una obra nueva sobre una finca registral o entidad hipotecaria. Que la regla general establecida por el principio de tracto sucesivo es la que se requiere la previa inscripción de la finca a nombre de la persona que realiza la declaración (art 20 de la ley Hipotecaria), lo cual ocurre en este caso, pues la declarante es la única titular registral del inmueble. Que la duda que surge es si esa facultad se ciñe sólo a las obras realizadas por el titular actual, o si también es aplicable a otras obras que pudieran existir sobre la finca, hechas por titulares anteriores, y no hubiesen sido declaradas en su día por éstos. Que la duda se tiene que despejar afirmando y reconociendo la legitimación del titular actual para declarar esas obras, tal como reconoce la doctrina más autorizada y como se establece en las Resoluciones de 21 de mayo de 1991 y 29 de mayo de 1965. Que la declaración de obra nueva no atribuye, ni tan siquiera declara derecho alguno, sino que se limita a constatar datos físicos de la finca. La atribución de titularidad de lo construido la produce el principio civil de accesión (artículos 353 y 358 del Código Civil y 45 del Reglamento Hipotecario). Que éste es también el criterio tradicional seguido por la doctrina y consagrado por la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 21 de febrero de 1995. Que en el caso objeto de este recurso concurre la circunstancia especial de que la obra que se declara fue en su día ganancial y ello leva al Registrador a entender que por tal motivo debe exigirse la ratificación de los herederos. Tal exigencia es rechazable, por los siguientes argumentos: Que este supuesto no es distinto de cualquier otro en que un titular declare una obra pasada no realizada por él, en los que no es necesaria la ratificación de todos los titulares anteriores. Además, el consentimiento de los herederos que se exige, ya se produjo en la escritura de partición de herencia y liquidación de sociedad de gananciales. La planta alta aunque no fue en su momento declarada, se adjudicó juntamente con el resto de la casa y si bien cuando se construyó era ganancial, ahora tras la adjudicación es tan privativa como el resto y la legitimación para su titular para decla-