

de propietarios los gastos de comunidad reclamados «declarándose afectos los citados locales, sea cual sea su propietario actual, al pago de la última anualidad y la parte vencida de la corriente; cantidades todas ellas que se determinarán en ejecución de sentencia. Todo ello con expresa imposición de las costas a la parte demandada». Que durante lo dilatado del proceso se siguieron en otros juzgados varios procedimientos contra los mismos deudores, entre ellos uno sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, a instancias de Unicaja, adjudicándose los locales, inscribiéndose en el Registro de la Propiedad. Que en ejecución se sentencia, el 30 de julio de 1997 el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Jerez de la Frontera, dirige mandamiento al Registrador de la Propiedad para que se tome anotación preventiva de embargo de los locales en el que se dice «Hágase constar en el mandamiento librar igualmente que procede trabar embargo sobre los mencionados inmuebles para responder de las sumas declaradas en sentencia firme en proporción a sus cuotas de participación, con expresa declaración de que a tales pagos quedan afectos los citados locales, sea cual sea su propietario. Que el registrador deniega la anotación preventiva en los términos antes dichos. Que por ser norma posterior lo establecido en el artículo 9.5, párrafo segundo de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, debe prevalecer sobre el artículo 20 de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946. Que la Constitución en el artículo 24 proclama el derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, sin que las decisiones judiciales puedan quedar al arbitrio de otros funcionarios. Que la afección real establecida en el artículo 9.5 de la Ley de Propiedad Horizontal es un gravamen preferente, citando al respecto la Resolución de la Dirección de los Registros y del Notariado de fecha 15 de enero de 1997 y 9 de febrero de 1987.

IV

El Registrador en su informe de defensa de la nota argumentó lo siguiente: 1. Que existe prioridad para el cobro de los gastos de comunidad de la última anualidad y la parte vencida de la corriente y que tal prioridad hay que armonizarla con los artículos 20 de la Ley Hipotecaria y 140 de su Reglamento y los principios de tracto sucesivo, prioridad, legitimación y publicidad en los supuestos en que sobre la finca existan titulares de derechos anteriores a la anotación de embargo. Que de los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria resulta que para modificar o disminuir la eficacia de un asiento registral es necesario obtener el consentimiento de su titular o bien una Resolución judicial dictada en procedimiento adecuado y con intervención de dicho titular. Que no hay indefensión como se pretende en el recurso ya que existen medios en los que se garantiza la prioridad de la ley (anotación preventiva de demanda artículo 42.1 de la Ley Hipotecaria). Que al estar la finca objeto de anotación de embargo inscrita a favor de persona distinta al demandado por aplicación de los artículos 20 párrafos 1 y 2 de la Ley Hipotecaria y 140 del Reglamento y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 1 de junio de 1989; 9 de febrero de 1987, y 15 de enero de 1997 debe denegarse la práctica de la anotación de embargo que el mandamiento ordena.

V

El titular del Juzgado que acordó la anotación preventiva del embargo informó en sentido de estimar ajustada a derecho la nota de calificación del Registrador.

VI

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía confirmó la nota del Registrador fundándose en los argumentos contenidos en su informe.

VII

El recurrente apeló el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones, y añadió que no existe congruencia entre lo debatido y lo resuelto, ya que se discute sobre si prevalece sobre la Ley Hipotecaria y su Reglamento las normas posteriores de la Ley de Propiedad Horizontal y ulteriores modificaciones. Que según el artículo 2.2 del Código Civil las normas invocadas de la Ley Hipotecaria y su Reglamento han de entenderse derogadas por las de Propiedad Horizontal. Que se insiste en la pertinencia de lo establecido en la Resolución de fecha 15 de enero de 1997, ya que es de general aplicación.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 24 de la Constitución Española, 9 de la Ley de Propiedad Horizontal, 17, 18, 20 y 38 de la Ley Hipotecaria; 100 y 117 de su Reglamento y las Resoluciones de esta Dirección General de 12 de junio de 1989; 17 de febrero, y 12 de mayo de 1993; 8 de febrero de 1996; 15 de enero de 1997; 3 de marzo de 1999, y 22 de febrero de 2000.

1. Son hechos relevantes para la Resolución del presente recurso los siguientes: Por deudas a la comunidad de propietarios de determinados pisos en régimen de Propiedad Horizontal, y, como consecuencia de sentencia en juicio declarativo de menor cuantía, se ordena tomar anotación de embargo sobre varios pisos por deudas a dicha comunidad comprendidas en el artículo 9.5, párrafo segundo, de la Ley de Propiedad Horizontal «sea cual sea su propietario actual»; durante la tramitación del expresado juicio declarativo, que no tuvo ningún reflejo registral, los pisos se transmitieron por ejecución hipotecaria a personas que no habían tomado parte en el procedimiento; presentado el mandamiento en el Registro, se deniega la anotación por aparecer las fincas embargadas inscritas a favor de determinadas personas; recurrida la calificación, el auto presidencial desestima el recurso.

2. El recurso no puede prosperar. Como ha dicho reiteradamente este centro directivo (vid. Resoluciones citadas en el «vistos»), los principios registrales de legitimación y tracto sucesivo recogidos en los artículos 38 y 20 de la Ley Hipotecaria obligan a denegar la práctica de la anotación preventiva de embargo sobre una finca que, cuando se presenta en el Registro el mandamiento oportuno, aparece inscrita a favor de persona distinta de aquélla contra la que se sigue el procedimiento judicial en el que se dictó el mandamiento. No puede ser estimada la alegación de que el embargo existe jurídicamente desde que se decreta judicialmente, careciendo la anotación de valor constitutivo, pues aún cuando en el caso debatido el embargo cuya anotación se pretende fuera anterior a la adquisición de las fincas trabadas por el titular registral actual, el principio de prioridad (artículo 17 de la Ley Hipotecaria) determina el cierre del Registro a los títulos que, aún siendo anteriores al ahora inscrito, se opongan o sean incompatibles con éste.

3. No puede ser estimada la alegación de que el mandamiento ordena que se tome anotación «sea cual sea su propietario actual» (de las fincas), ya que, como ha dicho también este centro directivo, el gravamen que sobre cada elemento privativo establece el artículo 9.5 de la Ley de Propiedad Horizontal supone procesalmente la posibilidad del ejercicio de dos pretensiones: Una personal de obtención de una sentencia condenatoria del pago, y otra real por la que se pretende el reconocimiento y reflejo registral de la afección real ya existente por disposición legal, y para que esta última pueda hacerse efectiva contra los posteriores adquirentes es preciso que, en su momento, se hubiera hecho constar en el Registro por medio de la correspondiente anotación preventiva, la demanda dirigida contra los titulares registrales entonces existentes, pues, de no ser así, se haría hacer caer sobre los titulares actuales la afección, sin que pudieran alegar lo que a su derecho conviniera, produciéndose indefensión y contraviendo, en consecuencia, el artículo 24 de la Constitución, que tiene su desenvolvimiento registral en el principio de tracto sucesivo recogido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, confirmando el auto presidencial y la calificación del Registrador.

Madrid, 7 de abril de 2001.—La Directora general, Ana López-Monís Gallego.

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

10750 *RESOLUCIÓN de 9 de abril de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el «Banco Hipotecario de España, Sociedad Anónima», 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, Sociedad Anónima», 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 3 de abril de 1997, mediante escritura pública otorgada ante el Notario de Murcia don José Antonio Roma Riera, el «Banco Hipotecario de España, Sociedad Anónima», concedió un préstamo de determinada cantidad de dinero a don Juan Bautista Ros Ramos y doña Eva Álvarez Cegarra, 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.º Períodos de interés variable. Cálculo del «tipo de interés vigente: 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. Para la realización de esos cálculos, no se efectuará en los índices de referencia ningún ajuste o conversión, aun cuando dichos índices correspondan a operaciones cuya periodicidad de pagos sea distinta a la de los vencimientos pactados en esta escritura o incluya conceptos que estén previstos como concepto independiente en el préstamo objeto de este contrato. Reglas e índices de referencia. (Los índices que a continuación se expresan están establecidos con carácter oficial en la norma sexta bis, número 3, de la Circular 8/1990 (modificada por la Circular 5/1994, del Banco de España, y se definen en el anexo VIII de la misma a la que se remiten las partes. En todos los casos, se tomará el valor del último índice que en la fecha anterior más próxima a la fecha inicial del período haya sido publicado en el «Boletín Oficial del Estado». 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 estipulación 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 lo 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 y solidaria de la parte prestataria, don Juan Bautista Ros Ramos, con el consentimiento de su esposa, doña Eva Álvarez Cegarra, 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 3.^a y 3.^a bis, al tipo máximo del 8 enteros cincuenta centésimas de otro por ciento (8,50 por 100), que se fija a efectos meramente hipotecarios, limitándose además 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; b) del pago de los intereses de demora pactados en la cláusula 6.^a, limitándose hipotecariamente la responsabilidad por este concepto, de manera que estos intereses de demora, al tipo del 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», y... 10.^a «Fuero, domicilio, tipo de subasta, título ejecutivo ... A efectos de lo dispuesto en el artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y para el solo 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, el fedatario público que intervenga hará constar, a requerimiento de la enti-

dad acreedora, que el citado saldo coincide con el que aparece en la cuenta abierta al deudor, que la liquidación de la deuda se ha practicado en la forma pactada por las partes y que ha sido reclamada previamente 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 el día 16 abril último, bajo el asiento número 462 del diario 73, reiterado el mismo día y devuelto autoliquidado el impuesto, el 6 de mayo último para su despacho con solicitud de que se extienda la nota de calificación, se observan los defectos subsanables siguientes: 1) Las cláusulas 3.^a bis, 6.^a y 9.^a 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 3.^a 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 6.^a, —intereses de demora—, se señala un límite mínimo pero no máximo, y en la cláusula 9.^a, —constitución de hipoteca— se establece un tipo máximo del 8,50 por 100, «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 aquellas que se produzcan entre acreedor 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 1.^a bis, 2.^a3, 3.^a4, 4.^a, 5.^a, 7.^a, 8.^a, 11.^a y 12.^a, así como los párrafos primero y cuarto de la cláusula 10.^a, carecen de trascendencia real, infringiendo además la cláusula 5.^a el principio de determinación y la cláusula 11.^a 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 4.^a no están aseguradas con la garantía hipotecaria. 3) El párrafo quinto de la cláusula 10.^a contiene un pacto sobre materia sustraída a la autonomía de la voluntad e infringe lo dispuesto en los artículos 1.435 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 9.^a —relativo a la extensión de la hipoteca— no respeta la limitación establecida en el artículo 112 de la Ley Hipotecaria. 5) La cláusula 6.^a —vencimiento anticipado— en cuanto se refiere a las obligaciones establecidas en las cláusulas 1.^a bis, 2.^a3, 3.^a4, 3.^a bis, 4.^a, 5.^a, 6.^a, 7.^a, 8.^a y 11.^a 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. No se ha solicitado anotación de suspensión. Se indica que los defectos reseñados bajo los números 2 a 6 no impedirían la inscripción del documento calificado, prestando en ese caso su consentimiento el interesado para que sea inscrito con denegación de las cláusulas a que se refieren, conforme a lo establecido en el artículo 434 del Reglamento Hipotecario. Contra la precedente nota de calificación se puede interponer dentro del plazo de cuatro meses a contar desde su fecha, recurso gubernativo ante el excelentísimo señor 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, 10 de junio de 1997. El Registrador. Firma ilegible.»

III

El Procurador de los Tribunales don Alfonso Vicente Pérez Cerdán, en nombre del «Banco Hipotecario de España, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo contra los defectos 1.º y 3.º 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 3.^a 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 6.^a 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 9.^a 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 4.^a, 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 y 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 9.^a 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 señor 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 número 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 10.^a 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 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, aun 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. Que se considera que el Registrador en la nota de calificación sanciona la falta de subsanación del primero de los defectos impugnados con la ininscribibilidad completa del título, sin fundamentar la razón.

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 3.^a, 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 depende la 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 fundamenta en las siguientes consideraciones: 1. La ausencia de límites convierte en aleatorio un contrato conmutativo 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 219.3.º 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 8,50 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 aquéllos, 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 3.^abis. 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 219.3.º 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 1.435 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 1.ª 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 3.ª, apartado 4.ª 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, 132 y 153 de la Ley Hipotecaria, 245 del Reglamento Hipotecario y Resolución de 28 de septiembre 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 devengará 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 interpartes como «erga omnes»; así resulta no sólo de la literalidad misma de la expresión sino también de la necesaria valoración de las cláusulas del contrato en el sentido más adecuado para que produzcan efectos, de la valoración conjunta de todas ellas, y del entendimiento de las palabras en la acepción más conforme a la naturaleza y objeto del contrato (cfr. artículos 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 solo 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 intervienga, 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 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 153 de la Ley Hipotecaria y 245 del Reglamento Hipotecario.

Es incontestable 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 de la Constitución Española); pero también lo es que la remisión del párrafo penúltimo del artículo 1.435 de la 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 de la 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 1.464 y 1.466 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); d) que las exigencias adicionales del artículo 153 de la 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 de la 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 procedencia temporal del 153 de la Ley Hipotecaria sobre el párrafo penúltimo del 1.435 de la 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. artículo 1.155 del 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, 9 de abril de 2001.—La Directora general, Ana López-Monís Gallego.

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

10751 *RESOLUCIÓN de 10 de abril de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por «Servi-Foc Anoia, Sociedad Limitada», contra la negativa del Registrador Mercantil número XII de Barcelona, don Jesús González García, a inscribir determinados acuerdos sociales de una sociedad de responsabilidad limitada.*

En el recurso gubernativo interpuesto por el Letrado don José Poch Villamayor, en nombre de la compañía mercantil «Servi-Foc Anoia, Sociedad Limitada», contra la negativa del Registrador Mercantil número XII de Barcelona, don Jesús González García, a inscribir determinados acuerdos sociales de una sociedad de responsabilidad limitada.

Hechos

I

El 23 de junio de 1998, mediante escritura otorgada ante el Notario de Igualada don Vidal Olivas Navarro, se elevaron a público los acuerdos

sociales (entre otros, los de aprobación de las cuentas anuales, disolución de la sociedad y cesión del activo y pasivo de la misma a otra sociedad), adoptados por la Junta General Ordinaria de la compañía mercantil «Servi-Foc Anoia, Sociedad Limitada», celebrada el 19 de junio de 1998, que constan en el acta notarial de dicha Junta, cuya copia auténtica quedó incorporada a la escritura.

II

Presentada a primera copia de la referida escritura en el Registro Mercantil de Madrid, fue calificada con la siguiente nota: «Presentado el documento que antecede, según el asiento 1214 del Diario 732. Se suspende la inscripción por observarse los siguientes defectos subsanables. 1.º Existe discordancia en el segundo apellido del compareciente. 2.º No se acredita el requerimiento al Notario para levantar el acta de la junta, toda vez que no consta ni se acompaña el acta que se cita, de fecha 15 de junio de 1998, número 1364 del protocolo del señor Olivas Navarro de donde debía resultar el mismo, con el juicio acerca de la capacidad del requirente y de la validez de la convocatoria (artículo 101 del Reglamento del Registro Mercantil). 3.º Del acta Notarial que se testimonia no resulta con claridad el lugar de celebración de la Junta, ni el texto íntegro de la convocatoria (artículos 97 y 102 del Reglamento del Registro Mercantil). 4.º En la escritura no consta la manifestación exigida por el artículo 195 del Reglamento del Registro Mercantil: “declaración... de que en la convocatoria de la Junta se han hecho constar los extremos que hayan de modificarse y de que el texto íntegro de la modificación propuesta ha estado desde la convocatoria a disposición de los socios en el domicilio social”. 5.º No se acredita el anuncio de convocatoria de la Junta (sistema previsto en el artículo 21 de los estatutos), que según el acta notarial, debió ser publicado en el diario “Regio 7”. No obstante, de la transcripción que se recoge en dicha acta resultan los siguientes defectos de carácter insubsanable: a. No se expresa el nombre de la Sociedad, ni la fecha y hora ni el lugar en que haya de celebrarse la Junta (artículo 64-4 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada). b. No se han cumplido en dicha convocatoria las exigencias relativas al derecho de información de los socios, por cuanto, ni se ponen a disposición de los mismos los documentos contables que se someterán a su aprobación (artículo 86-1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), ni el texto íntegro de la modificación estatutaria propuesta en cuanto a la disolución de la sociedad y eventual liquidación mediante la cesión global de su activo y pasivo (artículo 71-1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada). Se advierte que dicho incumplimiento supone la nulidad de la convocatoria y de todos los acuerdos adoptados en dicha junta. 6.º En cuanto al apartado B del punto 4.º del orden del día (cesión global del activo y pasivo) se deniega asimismo su inscripción, por no constituir todavía un acuerdo inscribible, al no haberse ejecutado dicha cesión, ni haberse cumplidos los requisitos exigidos para efectuarla (artículo 117 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada). Barcelona, a 14 de octubre de 1998. El Registrador. Firma ilegible».

III

El Letrado don José Poch Villamayor, en representación de «Servi-Foc Anoia, Sociedad Limitada», interpuso recurso de reforma contra la anterior calificación y alegó: 1. Que en lo referente al defecto calificado como subsanable en el número 2 de la nota de calificación se rechaza dicho defecto porque el documento calificado sí acredita inequívocamente el requerimiento al citado Notario para levantar Acta de la Junta, ya que la escritura de elevación a público de acuerdos sociales se realizó tomando como base la copia autorizada del Acta notarial de la Junta General, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 107 del Reglamento del Registro Mercantil y dicha copia auténtica del Acta Notarial forma parte integrante del documento calificado. 2. Que en cuanto al defecto subsanable del número 3 de la nota de calificación. También se rechaza dicho defecto porque en el documento calificado se contienen, entre otros, los siguientes extremos: el nombre de la sociedad, el lugar de celebración de la Junta, la fecha y hora de celebración y el orden del día. 3. Que en lo que concierne al defecto calificado como subsanable en el número 4 de la nota de calificación, no se admite el defecto porque el artículo 195 del Reglamento del Registro Mercantil es aplicable a la modificación estatutaria, y no a la disolución de sociedades. Que el Registrador formula el defecto por una aplicación literalista del artículo 104.1.b) de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Que se trata de la disolución de la sociedad por acuerdo de la Junta General, de modo que el derecho de información de los socios será el previsto con carácter general para las reuniones de la Junta. Que, por otra parte no se puede forzar la analogía hasta el extremo