

legal, una partida denominada «capital suscrito», siendo la cifra de capital social de 332.383.000 pesetas; 3. Que se ha practicado la liquidación y se han satisfecho todas las deudas que pudiera tener la sociedad; 4. Que no se ha vulnerado el principio de tracto sucesivo, como ya expuso en su primer escrito; 5. Que en la liquidación se han cumplido todos los requisitos establecidos en la ley (artículo 247 del Reglamento del Registro Mercantil) entre otros, que el liquidador manifiesta que se ha procedido a la satisfacción de los acreedores y en su caso al reparto entre los accionistas del haber existente; 6. Que el aumento del capital suscrito, resultante del balance de liquidación, ha redundado tanto en beneficio de la sociedad, como de sus acreedores (pues ha sido suficiente para satisfacer sus créditos) y accionistas (porque no se han visto obligados a asumir posibles pérdidas superiores al haber social), al disponer la compañía de un haber superior del que le correspondería si la compañía tuviera el capital social desembolsado que obra en el Registro Mercantil; 7. Que, por lo que se refiere a las pérdidas, no puede haber reparto de pérdidas presentes por cuanto las mismas han quedado amortizadas íntegramente, según se acredita con el balance, que nadie ha impugnado y que con respecto a las posibles pérdidas sobrevenidas de las mismas responderían, según el caso concreto, o los accionistas o el liquidador, pero en modo alguno se puede supeditar la hipotética responsabilidad de los accionistas por las pérdidas al hecho de que estos accionistas estén inscritos en el Registro Mercantil, que no es un registro de acciones; y 8. Que si existe algún acreedor o accionista que entienda mermado su derecho, podrá en cualquier momento solicitar la nulidad de la cancelación y la reapertura de la liquidación.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 20.1 del Código de Comercio; 9, 162, 175, 274, 275, 277 y 279 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y 11, 68, 121 y 247 del Reglamento del Registro Mercantil.

1. En el supuesto de hecho del presente recurso concurren las siguientes circunstancias:

1.^a El 10 de febrero de 1978 se acordó aumentar el capital de una sociedad anónima a mil quinientos millones de pesetas, con delegación en los administradores de la facultad de ejecutarlo. El 3 de julio de 1990 la junta general acordó disolver la sociedad, según consta en escritura de 12 de diciembre del mismo año. Mediante la escritura calificada se elevan a público los acuerdos de liquidación de la sociedad adoptados por la junta general el 28 de agosto de 1998 y en el Balance final de liquidación incorporado a dicha escritura figura un capital social de trescientos treinta y dos millones trescientas ochenta y tres mil pesetas.

2.^a En el Registro Mercantil constan sucesivas suscripciones y desembolsos hasta alcanzar la cifra de doscientos diez millones de pesetas.

3.^a Aparte otro defecto que no ha sido objeto de este recurso, el Registrador deniega la inscripción de la escritura de liquidación porque, según los asientos registrales, queda pendiente de suscripción y desembolso las acciones números 210.001 a 1.500.000 y, a su juicio, deberán inscribirse junto a la calificada la escritura o escrituras previas de modificación del capital social hasta resultar la cifra de capital suscrito y desembolsado reflejada en el balance. Posteriormente, en su decisión, añade el Registrador que se requiere la presentación de las correspondientes escrituras acreditativas del destino que tuvo aquella autorización concedida en su día al órgano de administración, porque se desconoce cuál sea la cifra del capital suscrito.

2. Ciertamente, por lo que se refiere a la discordancia entre el capital social pendiente de suscripción y desembolso que consta en el Registro Mercantil y el referido en el balance incorporado a la escritura calificada, no puede afirmarse que carezca de toda trascendencia respecto de los acreedores sociales; pero ahora no debe prejuzgarse si, habida cuenta de la presunción de exactitud de los asientos registrales (artículo 20.1 del Código de Comercio), para practicar la inscripción solicitada debe acreditarse debidamente que el capital suscrito y desembolsado es el reflejado en el balance y no el que publica el Registro Mercantil (sin que, por tanto deba tampoco analizarse la trascendencia que, en su caso, pudiera tener el transcurso del plazo de cinco años a que se refería el artículo 115 del Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956), toda vez que lo que exige el Registrador en la nota de calificación es que se inscriban la escritura o escrituras de modificación del capital social de las que resulte la cifra de capital reflejada en el balance, y este es el único defecto sobre el que debe decidirse, como se desprende de lo establecido en el artículo 68 del vigente Reglamento del Registro Mercantil. Ahora bien, en este extremo no puede ser mantenido el criterio del Registrador: la exigencia legal de que los estatutos reflejen debidamente el capital social suscrito y si éste se encuentra totalmente desembolsado o, en su

caso, la parte pendiente de desembolso (cfr. artículos 9 y 162 de la Ley de Sociedades Anónimas y 121 del Reglamento del Registro Mercantil), así como la regla general contenida en el artículo 11 de dicho Reglamento, no pueden llevar a la exigencia debatida, que resultaría desproporcionada en cuanto se eleva a categoría de defecto obstativo de la constatación registral de la extinción de la sociedad. En efecto, sería inútil la constatación registral de la modificación estatutaria relativa al capital de una sociedad que, en ese momento, como consecuencia de la liquidación va a quedar extinguida, máxime si se tiene en cuenta que los riesgos que para los acreedores pudiera comportar la omisión cuestionada quedarán excluidos mediante la observancia del procedimiento de liquidación (cfr. artículos 175 —que se refiere a la partida relativa a «capital suscrito» del pasivo del balance—, 277 y 279 de la Ley de Sociedades Anónimas) y que, según manifiesta el liquidador en la escritura calificada, se ha procedido a la satisfacción de los acreedores y no procede reparto alguno entre los socios dada la inexistencia de activo social para ello (circunstancia esta última por la que aun en el caso de que las acciones cuya suscripción no consta en el Registro hubieran sido desembolsadas en diferente proporción por los accionistas, ello carecería de trascendencia al efecto de lo establecido en el artículo 277.2.2.^a de la referida Ley).

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la decisión y la nota del Registrador.

Madrid, 29 de mayo de 2001.—La Directora general, Ana López-Monís Gallego.

Sr. Registrador mercantil de Barcelona número XII.

13572 *RESOLUCIÓN de 29 de mayo 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 20 de marzo de 1997, mediante escritura pública otorgada ante el Notario de Murcia, don Antonio Yago Ortega, el «Banco Hipotecario de España, Sociedad Anónima», concedió un préstamo de determinada cantidad de dinero a doña Eva Purificación López Alarcón la cual constituyó 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. 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 8/90 (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, Doña Purificación López Alarcón constituye hipoteca, que el Banco acepta, sobre la finca que a continuación se describen, 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, 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 del 8,50% que se fija a este solo efecto, sin perjuicio de la modificación pactada dentro de los términos de la cláusula 3.ª bis; 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 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 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 Entidad 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 21 de marzo último, por bajo el asiento número 53.2 del diario 73 consolidado el asiento con la aportación de la copia autorizada el 26 de marzo último, retirado el 7 de abril último y devuelto autoliquidado el Impuesto, el 6 de mayo corriente, notificada la calificación desfavorable y solicitada la extensión de 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 ocho cincuenta por ciento, «a efectos del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, por tanto a efectos meramente hipotecarios en perjuicio de tercero, 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 aquéllas 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.ª 3, 3.ª 4, 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. Además las comisiones pre-

vistas 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 bis —vencimiento anticipado— en cuanto se refiere a las obligaciones establecidas en las cláusulas 1.ª bis, 2.ª 3, 3.ª 4, 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 TAE 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, 29 de mayo 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 2.º 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, 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 «BOE». 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 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 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 1435 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 mismo 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, 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. 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 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 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 cali-

ficada 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.ª 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 219.3.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 obli-

gación 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 obligacional (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 de 1881, 132 y 153 de la Ley Hipotecaria, 245 del Reglamento Hipotecario, Resolución de 28 de septiembre de 2000 y 9 de abril de 2001.

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 interpartes 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 más 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. 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 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 1.435 Ley de Enjuiciamiento Civil, 153 Ley Hipotecaria y 245 Reglamento Hipotecario.

Es cuestionable 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 1.464 y 1.466 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 1.435 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 accesorio —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 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, 29 de mayo de 2001.—La Directora general, Ana López-Monís Gallego.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Murcia.

13573 *RESOLUCIÓN de 30 de mayo de 2001, de la Dirección General de los Registros del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por «Vicky Heredero y Asociados, Sociedad Limitada», contra la negativa del Registrador mercantil número XIII de Madrid don José María Méndez-Castrillón Fontanilla, a inscribir una escritura de rectificación de un precepto estatutario de una sociedad limitada.*

En el recurso gubernativo interpuesto por doña María Victoria Heredero Barriga, en nombre de la sociedad de carácter unipersonal «Vicky Heredero y Asociados, Sociedad Limitada», contra la negativa del Registrador Mercantil número XIII de Madrid don José María Méndez-Castrillón Fontanilla, a inscribir una escritura de rectificación de un precepto estatutario de una sociedad limitada.

Hechos

I

El 6 de octubre de 1995, mediante escritura pública otorgada ante el Notario de Madrid don Juan Romero Girón Deleito, la sociedad, de carácter unipersonal, «Vicky Heredero y Asociados, Sociedad Limitada», elevó a público el acuerdo de su Junta general por virtud del cual se modificaban los Estatutos sociales con el fin de adaptar la sociedad a la vigente legislación mercantil. Presentada en el Registrador Mercantil la susodicha escritura, el Registrador apreció en ella tres defectos entre los que constaba uno referido al nuevo artículo 14 de los Estatutos, del que se decía que «no consta el sistema de retribución (artículo 66 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada).

La anterior calificación fue objeto de recurso gubernativo y este centro directivo, por medio de Resolución de 15 de octubre de 1998, revocó la nota del Registrador, salvo en cuanto al defecto apreciado respecto al artículo 14 de los Estatutos, que fue confirmado.

El 5 de noviembre de 1998, mediante escritura pública otorgada ante el mismo Notario, la entidad procedió a dar nueva redacción al artículo 14 de los Estatutos, que quedó redactado del siguiente modo: «La retribución del órgano de administración de la sociedad consistirá en una cantidad anual, que será fijada para cada ejercicio por acuerdo de la Junta general».

II

Presentadas copias de las referidas escrituras en el Registro Mercantil de Madrid, fueron calificadas con la siguiente nota: «El Registrador Mercantil que suscribe, previo examen y calificación del documento precedente, de conformidad con los artículos 18-2 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada por haber observado el/los siguiente/s defecto/s que impiden su práctica. Defectos: Subsiste el defecto consignado en la precedente nota de calificación, respecto del artículo 14 de los Estatutos sociales: No consta el sistema de retribución, es decir, si la cantidad anual con la que se retribuye será fija, alzada o con cargo a una participación en beneficios (artículo 66.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada). En el plazo de dos meses, a contar de esta fecha, se puede interponer recurso gubernativo de acuerdo con los artículos 66 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. Madrid, 26 de noviembre de 1998.

El Registrador. Firma ilegible». Solicitada la inscripción parcial de las mismas, se procedió a ella y en la nota de despacho de 23 de diciembre de 1998, el Registrador hizo constar: «No se inscribe el artículo 14 de los Estatutos sociales, de conformidad con lo solicitado por doña María Victoria Heredero Barriga mediante instancia que queda archivada en este Registro bajo el número 12.073/98 de su legajo correspondiente».

III

Doña María Victoria Heredero Barriga, en representación de «Vicky Heredero y Asociados, Sociedad Limitada», interpuso recurso de reforma contra la anterior calificación y alegó: 1.º Que la escritura de rectificación de 5 de noviembre de 1998 dio nueva redacción al artículo 14 de los Estatutos sociales, y de dicha redacción se desprende que sólo cabe la posibilidad de un sistema de retribución, que la cantidad anual sea alzada; por tanto, queda constancia del sistema de retribución. 2.º Que la redacción dada al artículo 14 de los Estatutos se encuadra dentro del artículo 66, apartado 3, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. 3.º Que de la propia redacción del artículo 14 citado se desprende que cada año la Junta general debe fijar la cantidad anual a percibir por el órgano de administración. Por tanto, una cantidad que puede determinarse en cada uno de los años, en ningún caso podrá hablarse de que es fija. 4.º Que la conclusión es que, con la redacción dada al artículo 14 en la escritura de rectificación, sólo es posible hablar de una cantidad «alzada». Que, por tanto, el sistema retributivo queda determinado, cumpliéndose la regla del artículo 66.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

IV

El Registrador mercantil número XIII de Madrid acordó no haber lugar a la reforma de la nota de calificación solicitada, confirmándola en todos sus extremos, e informó: 1. Que de la redacción que se dio al artículo 14 de los Estatutos y que fue considerada defectuosa por la Resolución de 15 de octubre de 1998, a la que ahora tiene en la escritura de subsanación, no resulta variación sustancial alguna, pues sólo introduce en su texto como novedad que la retribución «consistirá en una cantidad anual», lo que únicamente equivale a decir que tal retribución será satisfecha en metálico y una vez al año, pero continúa omitiéndose el dato fundamental que exige el artículo 66.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, es decir, cual es el sistema de retribución. 2. Que, en efecto, la mención del sistema de retribución debe permitir determinar con cargo a qué concepto se va a satisfacer esa cantidad anual. 3. Que el principio de especialidad por el que se rige el Registro y el artículo 66.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, impiden cualquier tipo de suposición como la que hace el recurrente para deducir que cuando se dice que los administradores serán retribuidos por una cantidad anual, ésta debe ser una cantidad global y alzada y no otro sistema retributivo. Que de la redacción del artículo 14 de los Estatutos sólo parece desprenderse que se ha eliminado la retribución en especie (aunque tampoco con absoluta claridad) y el pago por períodos de tiempo inferiores o superiores a un año, pero no cual sea el sistema de retribución, tal y como exige la regla general del número 1 del citado artículo 66. 4. Que, como dice la Resolución de 15 de octubre de 1998, la necesidad de constancia del sistema retributivo persigue dar seguridad no sólo a los socios, especialmente a los minoritarios, sino a los propios administradores, debe concluirse que tal finalidad no se ha logrado con la nueva redacción del artículo 14, sustancialmente idéntica a la anterior, ya rechazada por la Dirección General de los Registros y del Notariado. Que procede traer a colación, además de la Resolución citada, las de 23 de febrero de 1993, 20 de marzo de 1990 y 25 de marzo y 4 de octubre de 1991, entre otras, las cuales exigen la constatación expresa y específica del sistema de retribución en los Estatutos, lo que se considera no se hace en la escritura de subsanación presentada.

V

La recurrente se alzó contra el anterior acuerdo, manteniéndose en las alegaciones contenidas en el escrito de interposición del recurso de reforma.

Fundamentos de Derecho

Vistos el artículo 66 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y las Resoluciones de 18 de febrero y 15 de octubre de 1998 y 18, 21 de septiembre de 1999 y 15 de abril de 2000: