

1. Se debate en el presente recurso acerca de la posibilidad de inscribir una hipoteca en la que determinadas personas físicas dicen que «como consecuencia de determinadas operaciones crediticias y financieras, en las que intervinieron como fiadores solidarios, que se encuentran vencidas, adeudan al día de la fecha al banco los saldos que, previamente constatados y liquidados de mutuo acuerdo, ascienden a las siguientes sumas, por la póliza de crédito de fecha 27 de diciembre de 1996, la suma de 46.456.412 pesetas, por la póliza de afianzamiento de fecha 17 de septiembre de 1994, la suma de 24.324.033 pesetas, por la póliza de comercio exterior de fecha de 6 de agosto de 1997, la suma de 52.163.308 pesetas y por la póliza de negociación de letras de cambio de fecha 6 de junio de 1997, la suma de 29.317.207 pesetas, ascendiendo la totalidad de la deuda por los conceptos mencionados al importe de 152.260.960 pesetas que declaran reconocida, vencida y exigible». Luego se dice que determinada entidad mercantil, representada en la escritura por uno de los deudores, «ha convenido con el banco la formalización de un préstamo que en este acto se le concede por el banco de 8.000.000 pesetas que la parte prestataria recibe a su satisfacción». Y se termina diciendo que todos los comparecientes y la entidad mercantil «asumen de forma solidaria entre sí y con respecto al banco, renunciando a cualquier beneficio de orden, división y excisión, la total deuda resultante de la fijación de los saldos, de las operaciones financieras que fueron referidas, más el préstamo que por medio de la presente ha sido concedido por el banco a la entidad mercantil y que asciende a un importe total de 160.260.960 pesetas, que todos ellos, en virtud de esta asunción solidaria de deuda, reconocen adeudar al banco en concepto de capital». A continuación se establecen los pactos acerca de los intereses que la deuda generará y el modo en que se hará el pago de éstos y la devolución del capital para terminar constituyendo todos una hipoteca sobre varias fincas pertenecientes a todos ellos por diversos títulos.

El Registrador, al calificar, aprecia dos defectos y considera insubsanable el primero y subsanable el segundo. El primero consiste en estar indeterminada la obligación en garantía de cuyo cumplimiento se constituye la hipoteca, toda vez que la cantidad total garantizada por principal resulta de la suma de distintas obligaciones ya vencidas que tienen distinta causa y origen contractual y que continúan subsistentes junto con el préstamo que se formaliza por el documento. El segundo defecto consiste en que existe contraposición de intereses o autocontrato no dispensado expresamente por la sociedad en la actuación del representante de la sociedad en nombre propio y como Administrador de la sociedad.

2. El primer defecto no puede ser mantenido. Están perfectamente expresados el origen y la causa de diversas deudas que los comparecientes tienen contraídas con el banco. Estas deudas son todas anteriores al otorgamiento de la escritura con excepción de una, que nace en el mismo momento de otorgar. Resulta inequívoca, en la escritura, la voluntad de las partes de novar todas las deudas a las que se hace referencia para que se conviertan en una nueva y única deuda solidaria a la vez que se acuerda el modo en que la misma va a ser amortizada así como los intereses que entre tanto va a devengar, y para garantía de esta única nueva deuda, que se configura por voluntad de los otorgantes como solidaria respecto de todos los deudores, se constituye una hipoteca sobre varias fincas que son de su propiedad. No se trata pues, como afirma erróneamente el Registrador, de garantizar un saldo fruto de una mera reunión contable de varias deudas preexistentes, sino que se trata de una verdadera y propia novación extintiva de todas ellas, que pasan a convertirse en una sola, tal y como resulta evidente de las estipulaciones transcritas.

3. El segundo defecto, en cambio, debe ser mantenido. Uno de los intervinientes actúa en un doble concepto: En su propio nombre (como deudor e hipotecante de una finca de su propiedad) y en representación, como Administrador único, de una entidad mercantil (que también interviene como deudora y como hipotecante de otra finca de su propiedad). No existiría conflicto de intereses si entre la deuda de la persona física y la de la persona jurídica a quien aquélla representa no hubiera ninguna relación. Sin embargo, antes de constituir hipoteca sobre las fincas que a ambas pertenecen (además de sobre otras propiedad de otros intervinientes) lo que eran dos deudas pasan a convertirse, con respecto al acreedor, en una sola deuda solidaria, de forma que la finca perteneciente a la sociedad se hipoteca en garantía de una deuda que, en parte, es deuda personal de su Administrador, que el acreedor puede reclamar a la sociedad el pago de la totalidad de la deuda, incluyendo, por tanto, la parte de deuda de su Administrador (cfr. artículo 1.144 del Código Civil) y puede, en su caso, ejecutar la hipoteca sobre la finca de la entidad (cfr. artículos 119 a 122 de la Ley Hipotecaria) y satisfacerse el pago de la totalidad de su crédito hasta donde la misma responda (que en este caso es una cifra muy superior a la cuantía inicial de la deuda que la sociedad ha contraído con el acreedor, aunque esta sea cuestión que

no afecta a la argumentación). Al pactar el Administrador de la entidad en nombre de ésta y en nombre propio que ambas deudas (la suya y la de la sociedad) se conviertan en una sola deuda solidaria respecto del acreedor, está estableciendo una relación interna entre ambos deudores y poniendo en contacto ambos patrimonios desde el momento en que, en función de quién realice el pago, de a quién se lo reclame el acreedor o de qué finca sea en su caso ejecutada, uno de los dos deudores se convertirá en acreedor del otro sin necesidad de que haya mediado por cualquiera de las dos partes ninguna nueva declaración de voluntad. Constatada la puesta en contacto de ambos patrimonios (el de la persona representada y el del representante) y siendo como es innegable el conflicto de intereses, se hace necesario aplicar la doctrina que este centro directivo de forma reiterada ha venido elaborando en materia de autocontratación y confirmar, por consiguiente, el segundo defecto de la nota.

Esta Dirección General ha acordado revocar la nota del Registrador y confirmar el auto apelado en cuanto al primer defecto y confirmar la nota y revocar el auto apelado en cuanto al segundo.

Madrid, 21 de junio de 2001.—La Directora general, Ana López-Monís Gallego.

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

16298 *RESOLUCIÓN de 22 de junio 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 5 de mayo 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 don Manuel García Martín y doña Inmaculada Pérez Navarro, los cuales constituyen hipoteca sobre una finca urbana sita en dicha ciudad.

En la citada escritura se establecieron las siguientes cláusulas: 3.ª bis. «Tipo de interés variable. Índices de referencia. 1. Períodos de interés variable. 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. 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. 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 Manuel García Martín, con el consentimiento de su esposa Doña Inmaculada Pérez Navarro constituyen 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, al tipo máximo del 8,5 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 sólo caso de que la entidad acreedora decida acudir al procedimiento ejecutivo común, se pacta expresamente por los contratantes que la liquidación para determinar la deuda ejecutivamente reclamable en dicho procedimiento podrá practicarse por el Banco mediante la expedición de la oportuna certificación que recoja el saldo que presente la cuenta del deudor. En su virtud, bastará para el ejercicio de la acción ejecutiva la presentación de copia autorizada de esta escritura y la aportación de un certificado expedido por el Banco del saldo que resulta a cargo del deudor por todos los conceptos. En documento fehaciente 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, se observan los defectos subsanables siguientes. 1) Las cláusulas 3.^a bis, 6.^a – relativa a intereses de demora– 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 coma cinco por ciento, «a efectos meramente hipotecarios», siendo así que el tipo máximo debe operar a todos los efectos legales, tanto en las relaciones entre acreedor hipotecario y deudor hipotecante, como en aquellas que se produzcan entre aquél y el tercer poseedor o los titulares de derechos reales o cargas posteriores sobre la finca gravada, adquiridos a título oneroso o gratuito. 2) Las cláusulas 1.^a bis, 2.^a2.3, 3.^a3.4, 4.^a, 5.^a, 7.^a, 8.^a, 11 y 12, así como los párrafos primero y cuarto de la cláusula 10, carecen de trascendencia real, infringiendo además la cláusula 5.^a el principio de determinación y la cláusula 11 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 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.^a2.3, 3.^a3.4, 3.^a bis, 4.^a, 5.^a, 6.^a, 7.^a, 8.^a y 11 participa de los defectos anteriormente atribuidos a esas cláusulas. Y en su párrafo segundo contiene pacto sobre materias sustraídas a la autonomía de la voluntad. 6) Los apartados relativos a la T.A.E. y las declaraciones finales tienen mero carácter informativo. Solicitada anotación de suspensión se ha tomado, por plazo de sesenta días, respecto al defecto subsanable señalado en el apartado 1 de esta nota, al libro 274 de la sección octava, folio 167, finca 17.714, anotación letra A, y denegados los pactos y estipulaciones expresados en los apartados 2) al 6) de dicha nota por las causas que se indican. Contra la nota de calificación se puede interponer dentro del plazo de cuatro meses a contar desde su fecha, recurso gubernativo ante el 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, 11 de julio de 1997. El Registrador. Firma ilegible».

III

El Procurador de los Tribunales, don Alfonso Vicente Pérez Cerdán, en nombre del «Banco Hipotecario de España, 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, 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 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 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 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 calificada fija un tipo máximo del 8,5 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 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 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 1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil como el artículo 153 de la Ley Hipotecaria requieren convenio expreso entre las partes para otorgar eficacia ejecutiva a la certificación del saldo expedido por la Entidad acreedora. La existencia del pacto no es contraria a ninguna norma imperativa. En la cláusula 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 3ª, apartado 4ª se determinan los documentos cuya anotación es necesaria para su tramitación. No resulta de aplicación a las mismas el procedimiento establecido en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria. 3.º En cuanto a la denegación completa de la inscripción se mantienen las alegaciones contenidas en el escrito de interposición del recurso gubernativo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 117 de la Constitución Española, 1.155, 1.281, 1.284, 1.285 y 1.286 del Código Civil; 1.435, 1.464 y 1.466 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881; 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 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 cober-

tura 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 mas adecuado para que produzcan efectos, de la valoración conjunta de todas ellas, y del entendimiento de las palabras en la acepción mas conforme a la naturaleza y objeto del contrato (cfr 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 despues de cumplidas determinadas condiciones. Además, en la cláusula séptima del contrato se establece expresamente que el importe del préstamo deberá destinarse a la financiación de la vivienda que se hipoteca y que constituirá el domicilio habitual del prestatario. El Registrador suspende la inscripción por tratarse de materias sustraídas a la autonomía de la voluntad, y por vulnerar lo dispuesto en los artículos 1435 Ley de Enjuiciamiento Civil, 153 Ley Hipotecaria y 245 Reglamento Hipotecario.

Es incuestionable 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 aquél 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; más 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 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 aquélla (cfr art 1.155 Código Civil).

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

Madrid, 22 de junio de 2001.—La Directora general de los Registros y del Notariado, Ana López-Monís Gallego.

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

16299

RESOLUCIÓN de 23 de junio de 2001, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Santiago Carpena Gómez como Presidente de la comunidad de propietarios de Daraxa, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Motril, número 2, don Jesús Camy Escobar, a proceder a rectificar una inscripción registral, en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por don Santiago Carpena Gómez como Presidente de la comunidad de propietarios de Daraxa, sita en la avenida de los Geranios, número 24, de Calahonda, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Motril, número 2, don Jesús Camy Escobar, a proceder a rectificar una inscripción registral, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos

I

Con fecha de 28 de enero de 1999, don Santiago Carpena Gómez como Presidente de la Comunidad de Propietarios Daraxa, sita en avenida de los Geranios, número 29 de Calahonda, dirige un escrito al Registrador de la Propiedad de Motril, número 2, en la que tras exponer lo que consta en el fundamento de derecho 1 de esta Resolución, solicita que proceda a rectificar la inscripción registral de la finca 96-B del Conjunto inmobiliario Daraxa, a fin de que en la misma conste su carácter de departamento procomunal o de elemento común por destino, ya sea en virtud de la subsanación del error padecido en la división horizontal del bloque C, operada en la escritura de 18 de mayo de 1987, ya sea porque a la luz de ésta y de los documentos aclaratorios posteriores se observan errores para cuya subsanación, como exige el artículo 40.d de la Ley Hipotecaria, concurre el consentimiento de los interesados, ya sea porque se estime la existencia de una cesión gratuita, aceptada por la Comunidad de Propietarios a través de su Presidente.

II

Presentada la citada instancia en el Registro de la Propiedad de Motril número 2, fue calificada con la siguiente nota: «El Registrador que suscribe, previo examen y calificación de la documentación aportada, ha decidido denegar la rectificación registral solicitada por la precedente instancia sobre la finca registral 6993, que fue presentada con el asiento 1959 del Diario 63, ya que dicho documento no es, ni por sí solo ni junto a los demás que se acompañan, el adecuado a tal fin según el artículo 3 de la Ley Hipotecaria. 1.º Para hacer constar en el Registro el carácter de elemento común del conjunto urbanístico de la finca antes indicada, que ha sido destinada a portería, es necesario, como ya se ha indicado reiteradamente, tanto verbalmente como por escrito, que se otorgue la escritura de modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal en la que se definen las edificaciones a que sirve. Para ello debe comparecer, tal como resulta de los artículos 40.d) de la Ley Hipotecaria y 5, 13 y 16 de la Ley de Propiedad Horizontal los actuales titulares registrales, que si bien ya han prestado su consentimiento, como resulta de la escritura otorgada el 18 de mayo de 1987 ante el Notario Sr. Rodríguez Torres, aun sigue faltando el de sus respectivos cónyuges al estar inscrita la finca con carácter presuntivamente ganancial (artículo 94.3 del Reglamento Hipotecario), junto con el actual Presidente de la urbanización, autorizado de forma expresa para dicho acto mediante acuerdo de las distintas comunidades de propietarios que integran el conjunto, adoptado por unanimidad, circunstancia que deberá acreditarse en la forma que luego se dirá al tratar el defecto número 3. En el acuerdo de afectación y con-

secuentemente en la escritura de modificación de título habrá de decidirse la forma en que han de rectificarse las cuotas de participación de los restantes elementos de la propiedad horizontal, que deberán absorber la inicialmente asignada a la unidad privativa que ahora se afecta. 2.º Que tampoco es posible practicar la inscripción del inmueble directamente a favor de la comunidad de propietarios con indicación de su afectación por destino, ya que carece de personalidad jurídica, pues el ordenamiento vigente solo le reconoce capacidad procesal y de gestión; de ahí que el artículo 11 del Reglamento Hipotecario, (último párrafo), permita que sólo se practiquen anotaciones de embargo y demanda a favor de dichas comunidades, en cuanto son asientos transitorios con la finalidad de garantizar las resultas de un procedimiento. 3.º No acreditarse la vigencia del cargo de Presidente de la comunidad a favor del Sr. Carpena Gómez, así como tampoco la facultad certificante del Secretario señor Medina. En lo referente a la acreditación de los acuerdos de las Juntas de las Comunidades de Propietarios se pronuncia con claridad la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de junio de 1987, cuando dice que ello puede verificarse por una doble vía: Testimonio notarial del contenido del libro de actas, (en este caso sólo se aporta una fotocopia de un acuerdo del año 1994, sin que tampoco conste los sucesivos acuerdos de renovación), o bien, por certificación expedida por el órgano de la comunidad de propietarios a quien corresponda esa facultad, si bien, en este último caso es exigible aseveración notarial con referencia al libro de actas, de que el autor de la certificación se halla en el ejercicio del cargo. 4.º En la escritura de reconocimiento de derechos suscrita el 18 de mayo de 1987 no aparece nota que acredite el pago, exención o no sujeción del impuesto, ni tampoco consta acreditada de otra forma su presentación en la oficina competente. Artículo 254 de la Ley Hipotecaria. En la elaboración de la presente nota de calificación se ha tenido en cuenta la doctrina de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de mayo de 1970, 13 de diciembre de 1971, 15 de junio de 1983, 17 de marzo de 1993 y 13 de junio de 1998. Los defectos señalados con los números 1 y 2 son insubsanables, si bien no quiere decir ello que no pueden ser rectificadas, sino que la escritura que se otorgue a tal fin no gozará de la prioridad registral adquirida por el asiento del documento calificado. Contra la presente nota de calificación, puede interponerse recurso gubernativo conforme al artículo 66 de la Ley Hipotecaria ante el Ilmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de tres meses a contar desde su fecha, siguiendo el procedimiento previsto en los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario. Motril a veintiséis de marzo de mil novecientos noventa y nueve. El Registrador. Fdo. Jesús Camy Escobar.

III

Don Santiago Carpena Gómez, en su condición de Presidente de la Comunidad de Propietarios Daraxa, sita en avenida de los Geranios, número 20 de Calahonda, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: A. Que lo solicitado era la rectificación del Registro, regulada en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria y no la modificación del título por el que se constituye el régimen de propiedad horizontal, a la que se refiere el artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal. Que, por tanto, la calificación es incongruente. B. Que existe base legal suficiente para practicar la rectificación demandada. Que como se relata en los hechos (Fundamentos de Derecho 1) existe en la actualidad una finca registral, la noventa y seis B del conjunto, inscrita a nombre de determinados señores cuando en realidad la misma nunca les perteneció, como así han reconocido reiteradamente en documento público, incluso aquellos que motivaron la inscripción registral a su favor. Que, por el contrario, tanto los citados, como las promotoras del conjunto, siempre estuvieron de acuerdo en que la finca citada quedara afecta a portería. Que esa afectación resulta acorde con el propio título constitutivo de la urbanización, al que preceptivamente quedan subordinadas las divisiones horizontales de los distintos bloques que la integran. Que no se ve la razón por la que el Registro no publique que el apartamento noventa y seis B está afecto a portería, pues se cumplen los requisitos que para ello exige el artículo 40 de la Ley Hipotecaria. C. Que siendo lo anterior evidente, las dudas podrían plantearse en torno a la forma de reflejar en el Registro dicha afectación. Que cualquiera de las posibilidades que se citan en la instancia es apta para reflejar la referida afectación de la finca. D. Que el consentimiento de los cónyuges solo es exigible para actos de disposición, y en este supuesto no existe acto de disposición alguno, porque la referida finca nunca fue del dominio de sus actuales titulares registrales, pues de lo único que se trata es de subsanar un error. E. Que la vigencia del cargo del Presidente se acredita con la certificación del Secretario aportada, de tal modo que únicamente restaría por acreditar la facultad certificante de este último, lo que podría