

II. Resoluciones de la Dirección General

Por FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO
y JOSÉ SIMEÓN RODRÍGUEZ SÁNCHEZ

CLAUSULAS DE INTERES VARIABLE EN LAS HIPOTECAS (COMENTARIO A LAS RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 16 DE FEBRERO Y 16 DE MARZO DE 1990).

Las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16-2-90 y 16-3-90 se plantean dos supuestos similares de hipoteca en garantía de interés variable, que obligan a su análisis conjunto. Para ello vamos a hacer un resumen de ambas, procediendo a continuación a su estudio sistemático.

La RDGRN de 16 de febrero de 1990 prevé como cláusula de interés variable la siguiente:

A) *Intereses.*—El préstamo devengará un interés del 14,50 por 100. Transcurridos los dieciocho primeros meses de la vigencia del préstamo se aplicará en cada semestre un tipo de interés que será el resultante de añadir un punto porcentual a la media aritmética de los tipos de intereses preferenciales que para los préstamos por plazo de un año tengan establecidos los Bancos Hispano Americano, S.A.; Banco Español de Crédito, S.A., y Banco Central, S.A., y que hayan sido publicados en el *Boletín Económico* del Banco de España o en cualquier otra publicación de la misma naturaleza, o acreditado mediante certificación del Banco de España... La sociedad prestamista comunicará a la parte prestataria el tipo de interés publicado por los bancos, con referencia a su publicación, y con expresión del tipo de interés resultante y aplicable al préstamo convenido. Se considerará que el Banco cumple bien el indicado deber de comunicación mediante el envío, durante los diez primeros días del mes anterior al comienzo del período de interés, de una carta con acuse de recibo conteniendo los datos anteriormente citados. La parte prestataria, a su vez, inexcusablemente, deberá hacer llegar al Banco, antes de los diez días del comienzo del período de interés, bien por telegrama, bien personalmente o por cualquier otro medio fehaciente, la comunicación de su aceptación o rechazo del nuevo tipo de interés. Si por cualquier razón, incluso fuerza mayor, la parte prestataria no llevara a efecto tal comunicación, se entenderá que la parte prestataria acepta el tipo de interés comunicado. Si dicha parte prestataria comunica al Banco su negativa a aceptar el nuevo tipo de interés, el contrato quedará resuelto de pleno derecho por alteración de circunstancias.

B) *Cantidad líquida exigible*.—A los efectos de lo dispuesto en el artículo 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se pacta expresamente por los contratantes que la liquidación para determinar la deuda ejecutivamente reclamable se practicará por el Banco, el cual expedirá la oportuna certificación que recoja el saldo que presente el préstamo el día del cierre. En su virtud, bastará para el ejercicio de la acción ejecutiva la presentación de la copia autorizada de la escritura y acta notarial que incorpore el certificado, expedido por el Banco, del saldo a cargo del beneficiario.

C) *Garantía real*.—En garantía de la devolución del capital de 8.000.000 de pesetas objeto del presente préstamo, de sus intereses (que no podrá sobrepasar, en perjuicio de terceros, del 21 por 100 anual), hasta el máximo legal, y de la suma de 1.600.000 pesetas que se fijan para costas y gastos (entre los que se incluirán los que corran a cargo de la parte prestataria por razón de la finca a hipotecar y que hayan sido satisfechos por el Banco), constituyen hipoteca a favor del Banco Catalán de Crédito.

El Registrador de la Propiedad denegó la cláusula de variación de interés, entre otras, por una serie de defectos, entre los que destacamos los siguientes:

1.º Por ser inadmisibles aplicar a cada período de interés de seis meses un interés de referencia determinado por la media aritmética de la cuantía de intereses preferenciales a un año, infringiendo las disposiciones vigentes que exigen que el tipo preferencial debe ser de operaciones a crédito de plazo similar al período de interés.

2.º La comunicación del interés vigente en cada período se regula de forma unilateral por la entidad prestamista, sin que conste la aceptación expresa por el prestatario en la forma y contenido de dicha comunicación.

3.º Por vulnerar dicha cláusula el artículo 51 de la Constitución y la Ley 26/1984, de 19 de julio, de protección de los consumidores, al infringir la buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones y constituir una condición abusiva de crédito declaradas nulas por la citada Ley.

4.º Por no garantizarse los intereses de demora de modo individualizado, estableciendo una responsabilidad separada.

5.º Porque la frase “no podrá sobrepasar en perjuicio de terceros” a que se refiere la cláusula de responsabilidad hipotecaria es improcedente, puesto que respecto a la cuantía máxima del porcentaje por intereses variable no cabe distinguir entre partes y terceros al tratarse de una hipoteca de máximo o de seguridad.

6.º No es admisible en dicha cláusula de variación de intereses la posibilidad de acreditar el saldo exigible por medio de certificación de la entidad acreedora, sin que conste en la escritura la oposición del deudor al saldo en los términos del artículo 153 de la Ley Hipotecaria y 245 de su Reglamento.

Por su parte, la RDGRN de 16 de marzo de 1990 también plantea la problemática de recoger UNA CLÁUSULA DE VARIACIÓN DE INTERÉS que, en sus líneas fundamentales, consistía en distinguir dos fracciones temporales:

a) Un primer período en que el tipo de interés es fijo.

b) Sucesivas fracciones temporales en que el tipo de interés aplicable será variable, consistente fundamentalmente en el resultado de añadir un diferencial al tipo de referencia constituido por el promedio de los tipos preferenciales de interés para operaciones de préstamo a un año, publicados por las entidades de crédito que en dicha cláusula se relacionan.

Al mismo tiempo, se preveían unas CAUSAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO del préstamo, en concreto por imposibilidad de inscripción de la escritura, por falta de pago a sus vencimientos de los intereses o amortizaciones, falta de pago de contribuciones y tributos que graven la finca, disminución de una cuarta parte del valor de la garantía, expropiación de la finca hipotecada, existencia de gravámenes no conocidos y la limitación por cualquier causa de la capacidad de administración o disposición de la parte prestataria.

La Registradora de la Propiedad DENEgó AMBAS CLAUSULAS por dos razones:

- a) Constituir meros pactos obligacionales.
- b) Ser la cláusula de variación de intereses contraria al artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores.

Del estudio sistemático de estas resoluciones, podemos plantear los siguientes aspectos:

1.º *Inscribibilidad de las cláusulas de interés variable.*—El argumento de la Registradora en la última de las resoluciones citadas de que constituye una obligación personal es rechazada por la DGRN.

La hipoteca garantiza el pago —dice la DGRN— no sólo del capital, sino también de los intereses que, como hoy dice la misma Ley (art. 131.3.º.4.º), pueden ser variables; y esta circunstancia, en cuanto determinante del alcance de la garantía, TIENE TRASCENDENCIA REAL y conforme al artículo 12 de la Ley Hipotecaria debe ser objeto de inscripción.

Cosa distinta, a mi entender, es que tal inscripción no deberá ser necesariamente literal, bastando la “expresión circunstanciada de todo lo que según el título determine el derecho inscribible” (art. 51, párr. 6.º, RH), siempre bajo la responsabilidad del Registrador de que lo omitido no produzca inexactitud (art. 296 LH).

2.º *No pueden ser rechazadas por abusivas.*—Así, la RDGRN de 16-3-90 considera que ninguna cláusula de interés variable puede ser tachada de nulidad *ipso iure* en base a la Ley de Protección de los Consumidores de 19-7-84.

Dos posiciones doctrinales existían al respecto:

a) La de quienes consideraban calificables tales extremos en base al carácter de nulidad absoluta con que sanciona el artículo 10 de la citada Ley las condiciones abusivas de crédito.

Así GARCÍA GARCÍA, en su colaboración en el *Boletín del Colegio de Registradores* el 30 de noviembre de 1987, defendía la posibilidad de denegación de los pactos sobre interés variable que infrinjan la Ley de Protección de los Consumidores (en su caso era una cláusula de variación de intereses en que el tipo de referencia era el preferencial de la propia entidad acreedora).

b) La de quienes, como AVILA NAVARRO (en su libro *La hipoteca: estudio registral de sus cláusulas*, 1990, pág. 99), consideran que la calificación notarial y registral de las condiciones abusivas de crédito es un concepto abstracto e impreciso, al igual que el concepto de interés usurario sancionado en la Ley de represión de la usura de 23-7-1908, de manera que en ambos casos (interés abusivo o usurario) sólo cabe apreciación judicial y no registral.

Esta es la tesis seguida por la DGRN en la resolución de 16-2-90 al considerar que “no es posible, con los simples datos que se pueden utilizar en la calificación

registral, estimar qué concretas estipulaciones sean condiciones abusivas conforme a la Ley de Protección de los Consumidores”.

3.º *Necesidad de que las cláusulas de interés variable se determinen de forma objetiva.*—En lo que sí insiste la RDGRN de 16-2-90 es en la necesidad de que en las cláusulas de interés variable se prevea su variabilidad de modo objetivo, lo que viene a reafirmar la tesis de GARCÍA GARCÍA de exclusión de sistemas subjetivos, como pudiera ser la remisión al tipo preferencial de la propia entidad acreedora.

En concreto, para este autor la cláusula de interés variable debe reunir los siguientes requisitos:

- a) Que sea objetivo y no el preferencial de la propia entidad.
- b) Máximo de responsabilidad a efectos de la hipoteca y no sólo frente a terceros.
- c) Cláusula clara y comprensible para el prestatario.
- d) Posible desistimiento del prestatario.
- e) Que sea pacto al alza o a la baja, no simplemente un aumento.

En definitiva, la DGRN confirma la opinión doctrinal mayoritaria de que la exigencia de objetividad viene exigida por el artículo 1.256 CC que impide dejar el cumplimiento de los contratos al arbitrio de uno de los contratantes.

Así podríamos considerar admisibles tipos de referencias objetivos, como el MIBOR (Mercado Interbancario de Madrid), LIBOR (de Londres) o cualquier otro tipo de referencia determinado por las fluctuaciones de otros tipos medios de intereses de entidades financieras, siempre que:

- a) La entidad prestamista no pertenezca al mismo grupo (Circular del Banco de España 5-12-88).
- b) Sea comunicada al cliente con antelación razonable (OMEH de 12-12-89).
- c) No se establezca un desequilibrio entre las partes, como serían las que no previeran una variación al alza o a la baja, sino sólo al alza (como la remisión al IPC).

Así, la DGRN considera que reúne caracteres de objetividad, en contra de lo argumentado por el Registrador, la determinación de la variabilidad de los intereses en función del tipo de referencia constituido por la media aritmética de los tipos preferenciales a un año de determinados bancos (distintos del acreedor) a pesar de que el período de interés al que se va a ir aplicando sea de seis meses, por entender que su variabilidad se ha previsto de un modo objetivo (aparte de los argumentos ya referidos de la exclusión de la calificación registral de las condiciones abusivas de crédito). El aspecto más discutible de la argumentación jurisprudencial lo constituye la afirmación de que “la autonomía de la voluntad no puede ser limitada por disposiciones de rango inferior a la Ley, y menos por simples recomendaciones oficiales” (párr. 3.º Resolución 16-2-90), lo que es tanto como decir que desde un plano registral civil poco importan las Ordenes del Ministerio de Economía y las Circulares del Banco de España, cuando se podría haber llegado a la misma conclusión precisamente afirmando tal obligatoriedad, pues no cabe olvidar que tales Ordenes parten de un principio de libertad de fijación de tipos de interés y comisiones (OMEH 12-12-89).

4.º *Las cláusulas de variabilidad de intereses constituyen hipotecas de máximo.*—Ya la RDGRN de 20-5-87 al diferenciar dentro de la cobertura hipotecaria

los intereses ordinarios y los de demora consideró que éstos, para estar incluidos y gozar de protección hipotecaria, deberán establecerse de forma diferenciada, con señalamiento de un tope máximo de garantía y con las demás exigencias requeridas por la Ley para las hipotecas de seguridad (sistema de liquidación del débito, posibilidad de impugnación, duración, etc.).

Pues bien, la Resolución de 16-2-90 considera igualmente que la cobertura hipotecaria de los intereses ordinarios sujetas a cláusula de variabilidad constituyen HIPOTECAS DE MAXIMO, y en consecuencia:

a) Debe cumplirse el principio de especialidad o determinación, estableciendo un tipo de interés inicial, una cláusula objetiva de variabilidad (como hemos visto) y una cifra máxima de responsabilidad.

b) Esta cifra máxima, como ha reiterado la jurisprudencia registral, debe estar diferenciada del tope máximo por intereses de demora, sin poder englobarse en una cifra única (ídem RR 20-5-87 y 23-10-87).

c) Aunque normalmente la DGRN no se pronuncia sobre el carácter del defecto, expresamente califica de subsanable la no determinación de una cifra máxima de responsabilidad (RDGRN de 26-10-84).

En definitiva, como señala esta última Resolución citada, aunque en el préstamo hipotecario la garantía por principal se desenvuelve como una hipoteca ordinaria o de tráfico, en cambio respecto de la cláusula de fluctuación de interés se está ante una hipoteca de seguridad, con la necesaria determinación de una cifra máxima de responsabilidad.

5.º *Exigen un sistema de liquidación propio de las hipotecas de seguridad.*—En efecto, si las cláusulas de variabilidad de intereses, como hemos visto, son hipotecas de seguridad o de máximo, deberán cumplir lo dispuesto en el artículo 153 de la Ley Hipotecaria y 245 de su Reglamento si se pacta que en el procedimiento judicial sumario el saldo resultante se determinará por referencia a los libros de contabilidad de los acreedores, como ocurría en la cláusula arriba recogida por la RDGRN de 16-2-90.

Esto es, si se pacta que el saldo exigible se determinará por una certificación bancaria de la entidad acreedora, será preciso que se consignen en la escritura los cuatro últimos párrafos del artículo 153 de la Ley, tal como exige el 245 del RH, es decir, la OPOSICION DEL DEUDOR AL SALDO.

En efecto, la posibilidad del deudor de oponer error o falsedad al saldo es considerado como requisito imperativo del procedimiento judicial sumario, cuyos trámites no cabe olvidar que son de derecho necesario (art. 129, párr. 1.º LH).

Caso de haberse pactado la fijación unilateral del saldo por intereses, en virtud de certificación bancaria, no sería inscribible el pacto de ejecución por el procedimiento judicial sumario (art. 245 RH).

Tampoco en el procedimiento ejecutivo normal previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil podría pactarse la posibilidad de determinación del saldo por certificación bancaria si no se prevé la oposición del deudor, pues el artículo 245 RH no se refiere expresamente a ningún procedimiento en especial, debiendo entenderse —como así lo hace la DGRN en el supuesto que estudiamos, en cuya escritura se remitían al art. 1.435 LEC— que tampoco en este caso sería inscribible el pacto de ejecución.

En consecuencia, cabría diferenciar dos supuestos:

a) Que nada se haya estipulado respecto a la determinación del saldo.

En este caso nada impide la inscripción, pues como dice el párrafo 6.º de la Resolución de 16-2-90, siempre cabría acudir al procedimiento judicial sumario acompañando los documentos exigidos por el artículo 131, párrafo 3, inciso 4, de la LH, esto es, los documentos que permitan determinar con exactitud, ya sea directamente, ya mediante una sencilla operación aritmética, el tipo de interés concertado (por ejemplo, la certificación de un organismo oficial o la publicación en el *BOE* del tipo medio de referencia a que se refiere la Resolución de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera de 20-6-86).

b) Que se haya estipulado la fijación por certificación de la entidad acreedora.

En este caso no cabría ejercitar el procedimiento judicial sumario si no se hubiera cumplido lo dispuesto en el artículo 245 RH por remisión al artículo 153 LH, esto es, la posibilidad del deudor de alegar error o falsedad (deberán copiarse literalmente los cuatro últimos párrafos del art. 153 de la LH o remitirse a ellos). Sin este requisito no podría inscribirse la escritura, a menos que existiera conformidad del interesado a inscribir la hipoteca sin el pacto sobre el procedimiento judicial sumario (art. 434 RH).

c) Cabe también la posibilidad de que el saldo se determine en función del sistema de doble libreta que respecto a las hipotecas en garantía de cuentas corrientes determina el artículo 153 LH, regulándose en tal caso la oposición del deudor por lo dispuesto en el artículo 132 LH, aunque esta fórmula es poco frecuente en la práctica.

En conclusión, al ser las cláusulas de variabilidad de intereses una hipoteca de máximo, el título ejecutivo no será sólo la escritura, sino que precisa la determinación fehaciente y con posibilidad de oposición del saldo exigible.

6.º *No cabe distinguir entre partes y terceros a efectos de cobertura hipotecaria.*—Consecuencia también de su carácter de hipoteca de seguridad es que “a efectos de responsabilidad hipotecaria no cabe diferenciar entre partes y terceros”.

La Ley exige, en efecto, la DETERMINACION DEL ALCANCE DEL DERECHO REAL CONSTITUIDO, lo cual se consigue mediante:

a) La fijación de un tanto por ciento máximo respecto del cual no puede exceder la variación de los intereses.

b) O mediante la fijación de una cifra máxima de responsabilidad por intereses.

Pero en ambos casos tal determinación opera no sólo frente a terceros, sino entre partes; esto es, la cobertura hipotecaria sólo abarca el límite máximo establecido. Así no podría reclamarse al deudor, aunque la finca no hubiese pasado a tercer poseedor, sino el importe de la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria por intereses, al menos a través del procedimiento judicial sumario.

Esto no cabe confundirlo con lo establecido en los artículos 114 y 146 de la LH, que establecen un límite máximo de reclamación frente a terceros de cinco años, pero permiten reclamar los intereses vencidos de anualidades posteriores si no existe tercero interesado. En efecto, no cabe confundir:

a) La limitación por razón de plazo. En este caso los intereses pueden ser reclamados aunque se exceda del límite, siempre que no existan terceros perjudicados.

b) La limitación por razón de variabilidad. En este caso, al ser la cifra máxima de responsabilidad por intereses variables una manifestación de su carácter

de hipotecas de máximo, no cabe excederse de tal límite ni frente a terceros ni frente al deudor. Así la RDGRN de 16-2-90 dice que “esta determinación delimita el alcance del derecho real constituido a todos los efectos favorables o adversos, ya en las relaciones con terceros, ya en las relaciones entre el acreedor y deudor hipotecario”.

7.º *Causas de vencimiento anticipado.*—La RDGRN de 16-3-90 se plantea otro aspecto de interés de las hipotecas, que es el del vencimiento anticipado, reiterando la posibilidad de que se pacten: *a)* no sólo por impago a su vencimiento de las amortizaciones de capital o intereses; *b)* sino también por falta de pago de tributos o gastos —entre los que se incluyen las cuotas de gastos de comunidad— que tengan preferencia al propio crédito hipotecario.

FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

FACULTADES DISPOSITIVAS DEL ALBACEA TESTAMENTARIO (RESOLUCIÓN DE 26 DE ENERO DE 1990).

I. Hechos.—El 23 de febrero de 1987, ante el Notario de Sevilla don Francisco Javier Alonso-Morgado Díaz, se otorgó escritura pública por la que Sor Rosario Zamudio Sánchez, albacea testamentaria de don Antonio González de la Rasilla Álvarez, vendía una finca y una parte indivisa de otra a don Francisco Mazuelos González de la Rasilla.

II. Presentado el precedente documento en el Registro de la Propiedad de Morón de la Frontera fue calificada con nota del siguiente tenor literal: “Examinado el precedente documento, presentado al Diario 112, asiento número 1.577, y que retirado el día 26 de febrero ha sido devuelto a este Registro en el día de hoy, se deniega la inscripción solicitada por apreciarse los siguientes defectos: 1.º Del texto de la escritura resulta que el comprador no ha entrado en posesión de los bienes, por lo que no ha surgido aún derecho real susceptible de inscripción (arts. 609, 1.095 y 1.462 CC, y arts. 1 y 2 LH). 2.º Faltar la intervención de la heredera instituida en la venta concertada por la albacea, en razón a las especiales condiciones en que la misma se celebra (art. 903 CC). 3.º Carecer el albacea de facultades para enajenar unos bienes que reconoce haber sido adjudicados en un cuaderno particional anterior y que por consiguiente han dejado de pertenecer al patrimonio relicto (arts. 901, 902, 903 y 911 CC). Dato éste que en cuanto a la finca señalada con la letra A queda corroborado del examen del documento presentado con el número 90 del Diario 113 el día 17 del mes de marzo corriente. 4.º No haberse distribuido el precio aplazado entre las dos fincas vendidas (art. 11 LH). 5.º No expresarse los linderos de la finca señalada con la letra B (art. 9, núm. 1, LH). 6.º No acreditarse en debida forma la identidad de la firma, el desempeño del cargo ni las facultades representativas de la reverenda madre Mariana Romero Romero, signataria de los documentos de prórroga de albacea, así como tampoco las necesarias menciones que acrediten la personalidad de la Congregación representada, lo que impide apreciar la capacidad del heredero concedente de la prórroga y, en consecuencia, la realidad de ésta (art. 18 LH). Los defectos señalados bajo los ordinales 1.º, 2.º y 3.º se estiman insubsanables, siendo subsanables los restantes.—Morón de la Frontera, 21 de abril de 1987.—El Registrador.— Firma ilegible.