

bien dice la DGRN, al principio de prioridad y sistema de prelación de créditos, otorgando al acreedor hipotecario una preferencia y privilegio, con relación a otros, y respecto de la obligación que él considerara más conveniente en cada momento.

B) En cuanto a la segunda de las cuestiones, existe una divergencia entre lo planteado por la nota del Registrador, y lo que entiende rechazado el recurrente.

Como bien dice la Dirección General, se rechaza, no ya la obligación de satisfacer los intereses moratorios, ni su tipo, ni la garantía, simplemente la expresión utilizada como base de su cálculo, en la que se admite: «En relación con lo convenido en el párrafo anterior (intereses de demora) se entiende por mora todo retraso, cualquiera que fuera su causa, en el cumplimiento de las obligaciones de pago que incumbe a la parte prestataria con arreglo a lo establecido en la escritura de préstamo, incluso de las obligaciones consistentes en reintegrar al Banco el capital adeudado, más los intereses y demás conceptos que procedan en caso de vencimiento del préstamo por causa prevista contractualmente».

Está claro que no se puede permitir la indeterminación que supone esa cláusula global de «demás conceptos». El principio de determinación registral exige, para el crédito hipotecario, que queden perfectamente especificadas y concretas las obligaciones que se aseguran con la garantía hipotecaria; pues es absolutamente imprescindible que quede fijado todos y cada uno de los conceptos de los que responde la finca hipotecada.

Así lo ha dicho la DGRN en multitud de ocasiones, como por ejemplo, en la Resolución de 28 de julio 1984, en la que se afirma que no cabe utilizar la vaga expresión «diversas operaciones crediticias» para referirse a las obligaciones que debe garantizar la hipoteca; y otras muchas que le han seguido en las que el Centro Directivo rechaza la inscripción de hipotecas en garantía de obligaciones que no quedan perfectamente determinadas, sino que se deja amplitud y ambigüedad en su concreción, utilizando fórmulas genéricas, que rechaza taxativamente la DGRN: 23 de diciembre de 1987, 27 de julio de 1999, 26 de noviembre de 1990, 6 de junio de 1998.

Se entiende entonces que no sea admisible esa expresión global, que sirve de manera tan vaga para «determinar» el nacimiento de la obligación de pago de los intereses moratorios, y que deba eliminarse de la inscripción, sin que la misma y como bien dice el Centro Directivo, afecte a la validez del resto de la cláusula en la que se establece la obligación de pago de dichos intereses.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

HIPOTECA. NOVACION PRESTAMO HIPOTECARIO.—POSIBILIDAD DE INSCRIPCION DE UNA CLAUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO POR DESCONOCIMIENTO DEL INDICE DE REFERENCIA. (RESOLUCIÓN DE 14 DE MARZO DE 2002. BOE DE 30 DE MAYO DE 2002.)

RESOLUCION de 14 de marzo de 2002, de la Dirección General de los Registros y del Notariado en el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales, don Alfonso Vicente Pérez Cerdán, en representación del «Ban-

co Hipotecario de España, Sociedad Anónima», contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Murcia, número 6, don Rafael Antonio Rivas Torralba, a inscribir una escritura de novación modificativa de préstamo con garantía hipotecaria, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. En escritura autorizada por el Notario de Murcia, don Emilio Sánchez Carpintero Abadía, el 20 de octubre de 1997, el «Banco Hipotecario de España, Sociedad Anónima» de una parte, y de otra los cónyuges don José Antonio F. M. y doña Josefa G. S., formalizaron la novación, según Ley 2/1994, de 30 de marzo, de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria otorgada el 29 de noviembre de 1989 sobre la finca número A del Registro de la Propiedad de Murcia, número 6, modificando determinadas condiciones del tipo de interés pactado y estableciendo, después de crearse períodos de interés y fijarse intereses de índice de referencia principal (Mibor más un punto) y el sustitutivo (conjunto de entidades), que, «si para el período de interés siguiente persiste la imposibilidad de conocer el valor de los índices de referencia previstos (...), la parte prestataria podrá reembolsar anticipadamente la totalidad del préstamo, y el Banco (...) tendrá la facultad de delarar el vencimiento anticipado del mismo...», y es la estipulación 3.^a que si transcurridos tres meses desde la fecha del otorgamiento de la escritura ésta no se ha inscrito o se ha entregado a la entidad prestamista certificación registral que acredite que la hipoteca mantiene su actual rango registral sin que existan limitaciones ni cargas preferentes inscritas o anotadas ni documentos presentados que resulten preferentes o puedan disminuir su efectividad, cesarán de tener efecto las modificaciones pactadas y se mantendrán subsistentes las condiciones vigentes.

II. Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Murcia, número 6, fue calificada con la siguiente nota: «Presentado el precedente documento el 25 de noviembre último, bajo el asiento número 1.071 del Diario 22, notificada la calificación desfavorable, reiterada por el presentante y devuelto el 15 de diciembre próximo pasado, con solicitud de que se extienda nota de calificación, se observan los defectos subsanables siguientes: 1) En el párrafo segundo del apartado 3.º de las reglas e índices de referencia se atribuye a la entidad acreedora la facultad de declarar el vencimiento anticipado del préstamo cuando concurra una circunstancia (la imposibilidad de conocer el valor de los índices de referencia) que es ajena al comportamiento del préstamo y no implica ningún incumplimiento contractual. 2) El apartado 4 de la estipulación primera, así como las estipulaciones quinta y séptima carecen de trascendencia real. 3) La estipulación cuarta tiene mero carácter informativo. 4) El condicionamiento resolutorio establecido en la cláusula tercera resulta de imposible cumplimiento, por cuanto la certificación registral a que se refiere, si bien acredita la inscripción de la escritura y el rango u orden registral de la hipoteca, no puede en cambio acreditar que de los documentos meramente presentados se deriven cargas, limitaciones o derechos que resulten preferentes o puedan disminuir la efectividad de la hipoteca. 5) No se ha presentado la copia inscrita de la escritura modificada (art. 5 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, en su inciso final *a sensu contrario*, y la doctrina de las Resoluciones de 20 de mayo de 1993 y 7 de enero de 1994 de la Dirección General de los Registros y del Notariado). No se ha solicitado anotación suspensiva. Se advierte que los defectos reseñados bajo los números 2 y 3 y no impedirían la inscripción del documento calificado si el interesado

presta su consentimiento para que sea inscrito con denegación de las cláusulas a que se refieren, de conformidad con lo previsto en el artículo 434 del Reglamento Hipotecario. Contra la presente nota de calificación puede interponerse recurso gubernativo, dentro del plazo de cuatro meses a contar desde su fecha, 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, a 7 de enero de 1998. El Registrador (Firma ilegible)».

III. El Procurador de los Tribunales, don Alfonso Vicente Pérez Cerdán, en representación del «Banco Hipotecario de España, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo contra la anterior nota de calificación en cuanto a los defectos 1.º, 4.º y 5.º, y alegó: 1. Respecto al primer defecto no se expresa la razón por lo que el pacto es inválido o impide la inscripción del título. La previsión de un supuesto en que, por razones totalmente ajenas a las partes, y sin previo incumplimiento contractual, se faculte a los contratantes para dar por terminada la relación contractual no plantea problemas, y, si además esa facultad se concede a los dos intervinientes, se trata de un pacto en que, para una modificación sustancial de las condiciones en que se ha planteado el contrato, cualquiera de las partes puede desistir del mismo. 2. En cuanto al cuarto defecto, el Registrador prejuzga la imposibilidad de cumplir la condición de forma genérica, sin mencionar si en el presente caso existen documentos presentados pendientes de inscripción de los que puedan derivarse cargas preferentes a la modificación de la hipoteca. Si no existen queda automáticamente cumplida la condición impuesta, pero aún en el supuesto que existan, la condición no es de imposible cumplimiento pues bastaría aportar una certificación registral posterior a la inscripción de dichos documentos para que la condición quedase plenamente cumplida (siempre que de los mismos no resultasen cargas preferentes). 3. Respecto al quinto defecto, el Registrador debe calificar el título presentado (en que aparecen plenamente identificados los otorgantes, la firma y el contenido del contrato), por lo que resulta del mismo y de los asientos del Registro (art. 18 de la Ley Hipotecaria), siendo innecesario aportar el título previo si las partes que se modifican ya están inscritas en el Registro (entre otras, Resolución de 7 de enero de 1994) y no procede aplicar *a sensu contrario* el artículo 5 de la Ley 2/1994, porque el supuesto previsto en tal precepto es distinto (subrogación de otro acreedor) y porque una interpretación rigorista de la norma lleva a un resultado contrario a su espíritu que es el de agilizar y facilitar los contrastes de novación y subrogación.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de la nota informó: 1) Que respecto al primer defecto, en el presente caso, el prestatario es un deudor de una obligación a plazo cuyo cumplimiento no es exigible hasta que llegue el día pactado (art. 1.125 del Código Civil), si bien el deudor puede perder el derecho a utilizar el plazo en los supuestos previstos en el artículo 1.129 del mismo cuerpo legal, que contempla situaciones que disminuyen para el acreedor las posibilidades de ser satisfecho su interés y a manera de sanción a una conducta del deudor contraria a la buena fe contractual, la ley autoriza al acreedor a exigir el cumplimiento antes de que venza el plazo estipulado. Pero la imposibilidad de conocer el valor de los índices de referencia constituye una eventualidad totalmente ajena a la voluntad del deudor, y depende de circunstancias de carácter oficial, social o económico, y por tanto el pacto en

cuestión infringe los artículos 1.129 y 1.256 del Código Civil (deja el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes), e implica un desequilibrio en la posición contractual de prestamista y prestatario, No cabe alegar que dicha cláusula ha sido querida por ambos contratantes, pues viene interpuesta por la entidad prestamista y porque el principio de libertad de pacto del artículo 1.255 del Código Civil no puede entenderse de manera tan amplia que permita introducir en un contrato estipulaciones que contradigan la naturaleza, esencia y finalidad propia del contrato celebrado, ya que si se acepta la cláusula que nos ocupa, resulta que por voluntad de unos de los contratantes se convierte en obligación pura y simple, lo que se pactó como obligación a término y se elude además la observancia de los usos mercantiles en esta materia que consisten en mantener el último tipo conocido ante la imposibilidad de saber si existe otro distinto. 2) Que la certificación registral es un instrumento de publicidad formal del contenido del Registro, pero la mayor o menor eficacia o trascendencia de las situaciones inscritas no puede venir determinada por ella, ni por los tribunales de justicia en caso que surja contienda. Por otro lado, la certificación acredita el rango registral, determinada por el orden de los asientos o de los pactos inscritos, pero no puede acreditar preferencias crediticias, ajenas al Registro, que han de ser establecidas por ley y declaradas o reconocidas por los tribunales. Además, la incongruencia es aún mayor si se pretende que esa declaración que ha de contener la certificación haga referencia incluso a documentos meramente presentados, cuyo contenido no es conocido totalmente ya que no han ido calificados. Por último, hay que tener en cuenta que siempre existirá, al menos, una carga preferente, la nota marginal de afección fiscal que se extenderá al inscribir el documento calificado, aparte de la posible incidencia de otras preferencias dotadas o no de afección real que podrían disminuir la efectividad de la hipoteca sin que el Registrador pueda hacer ningún tipo de reserva sobre ellas al expedir una certificación. 3) Que en cuanto al quinto defecto, como regla general, los documentos que modifican, complementan o subsanan otros anteriores no constituyen, por sí solos, título inscribible, sino que éste está integrado por dos documentos: El que contiene el contrato inicialmente convenido y el que contiene la modificación o subsanación, y no cabe alegar que a efectos registrales no juega la regla general cuando el contrato inicial figure inscrito porque: *a)* en la inscripción no consta la totalidad de las cláusulas del convenio original, fundamentalmente en caso de hipotecas y, por tanto, el Registro no facilita el contenido íntegro de lo originariamente pactado, que es lo que interesa conocer para practicar un asiento modificador a efectos de delimitar la congruencia entre lo antiguo y lo nuevo; *b)* al definir el artículo 33 del Reglamento Hipotecario el título inscribible habla de documento o documentos en que funde inmediatamente su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse la inscripción, y el derecho de la entidad prestamista no encuentra fundamento inmediato en la escritura de modificación sino en la de préstamo hipotecario inicial; *c)* el hecho que el artículo 5 de la Ley 2/1994 establezca que en los casos de subrogación no será necesario acompañar la escritura originaria de préstamo hipotecario pone de relieve el convencimiento del legislador acerca de la existencia de la regla general contraria, porque en otro caso, ese precepto sería innecesario; *d)* también es la regla seguida por diversas Resoluciones, como la de 20 de mayo de 1993.

V. El Notario autorizante de la escritura, don Emilio Sánchez-Carpintero Abad, informó: 1. Que en la redacción del primer defecto no se indica el

precepto legal infringido o la jurisprudencia contraria, pareciendo que dicho defecto esté sólo basado en criterios puramente subjetivos. 2. Que respecto al cuarto defecto, si una certificación registral no puede acreditar si hay documentos presentados en el Registro y la existencia de cargas, limitaciones o derechos que resulten preferentes o puedan disminuir la eficacia de la hipoteca, no se acreditaría medio material alguno para la plena eficacia del principio de publicidad registral (arts. 225 y 235 de la Ley Hipotecaria). 3. Que en cuanto al quinto defecto, el artículo 9 de la Ley 2/1994 determina los requisitos que deben reunir las escrituras de novación modificativa de préstamos hipotecarios y entre ellos no aparece la de presentar junto a la copia autorizada de la escritura de novación la de la hipoteca ya inscrita, y, por otro lado, el Registrador debe calificar las escrituras (art. 18 de la Ley Hipotecaria), por lo que de ellas resulta y de los asientos del Registro y en éste ya aparece el contenido de la escritura de préstamo hipotecario.

VI. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Murcia confirmó la nota del Registrador en cuanto a los defectos 1.º y 5.º, fundándose en las alegaciones contenidas en el informe de éste y la revocó en cuanto al defecto 4.º por entender que la cláusula en cuestión es meramente de garantía y dirigida a evitar un perjuicio más que hipotético: Debe entenderse por lo normal que no se haya producido modificación alguna en el ámbito registral, en cuyo caso la simple rectificación negativa dará cumplimiento a lo estipulado y entrará en juego la hipoteca en sus nuevas condiciones y en su caso de no ser así se volverá a la situación primaria anclándose la novación, y la referencia que en su informe hace el Registrador a las «hipotecas legales» o cargas implícitas no tiene mayor trascendencia a los efectos de esta cláusula, ya que operan para todas las situaciones hipotecarias aunque no estén inscritas.

VII. El recurrente apeló el auto presidencial en cuanto éste confirmó los defectos 1.º y 5.º de la nota de calificación, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió que el pacto de vencimiento anticipado denegado no infringe el artículo 1.129 del Código Civil, en cuanto dicho artículo no es imperativo y no impide a las partes prever otros supuestos de resolución anticipada del contrato ni excluir alguno de los previstos en el mismo, ni tampoco infringe el artículo 1.256 del mismo cuerpo legal, pues el hecho del que depende la posible resolución anticipada del contrato es totalmente ajeno a la voluntad de las partes. Por otro lado, es patente la importancia del cambio a que se supedita el posible vencimiento anticipado, pues tratándose de un préstamo oneroso y pactado un tipo de interés variable, la imposibilidad de determinar el tipo de referencia en sucesivos períodos dejaría sin contenido indefinidamente el pacto de variabilidad. Por último, el pacto discutido se estipula con carácter subsidiario, accesorio, como manifestación específica del principio *rebus sic stantibus*, respecto de un hecho extremo al propio contrato (la publicación de ciertos índices) a que las partes se han remitido expresamente para configurarlo, en razón del amplio plazo señalado para su cumplimiento y, en todo caso, la accesoriidad del expresado pacto no debería impedir la inscripción parcial del título.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 1.115 y 1.255 del Código Civil y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de mayo de 2000.

1. De los cinco defectos de la nota, solamente dos son objeto de recurso de apelación ante este Centro Directivo, y por tanto sólo ellos han de resol-

verse: *a)* Si es inscribible en una escritura de novación de préstamo hipotecario en la que modifican las condiciones del tipo de interés, la cláusula por la que después de crearse períodos de interés y fijarse un índice de referencia principal (Mibor más un punto) y el sustitutivo (conjunto de entidades), se acuerda que si fuera imposible conocer el valor de los índices de referencia para un siguiente período, el Banco tendrá la facultad de declarar el vencimiento anticipado del préstamo. Y, *b)* Si para inscribir la escritura de novación antedicha es necesario acompañar la escritura de constitución de la hipoteca que ahora se modifica o nova.

2. En cuanto al primero de los defectos, éste no puede ser confirmado. Si bien es cierto que dada la amplitud de los términos de la cláusula debatida, la imposibilidad de conocer el valor de los índices de referencia podría dar lugar en su día a una hipotética dificultad probatoria que en última instancia siempre quedaría al arbitrio de los Tribunales, no lo es menos que el que en un préstamo a interés variable no se pueda llegar a conocer el módulo e índice de referencia objetivo retributivo del contrato tiene su importancia por la continuidad del préstamo para ambas partes contratantes y por tanto puede ser libremente acordada por ellas dentro del juego que nuestro ordenamiento concede a la autonomía de la voluntad, puesto que las leyes permiten condicionar la estipulación a un hecho ajeno a su voluntad (art. 1.115 y 1.255 del Código Civil), por lo que la cláusula en cuestión puede acceder al Registro.

3. Del mismo modo debe rechazarse el criterio del Registrador en cuanto al segundo defecto, por cuanto al constar inscrita la escritura de constitución de hipoteca que ahora se modifica, y resultando del asiento registral correspondiente los pactos con trascendencia real de aquel negocio, resulta superflua la necesidad de aportar nuevamente dicha escritura de constitución para la inscripción de la novación modificativa del préstamo garantizado con esta hipoteca, pues todo su contenido real ya consta del propio Registro.

Fallo.—Esta Dirección General ha acordado revocar el auto apelado.

Madrid, 14 de marzo de 2002.—La Directora General, *Ana López-Monís Gallego*.

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

COMENTARIO

En esta Resolución se recurren dos de los defectos señalados por el Registrador:

a) Si es posible establecer e inscribir en una escritura de novación de préstamo hipotecario en la que se modifica el tipo de interés establecido, la cláusula de vencimiento anticipado de dicho préstamo por desconocimiento e imposibilidad de conocer el valor de los índices de referencia, a los que ha de estarse para conocer el nuevo tipo de interés aplicable.

b) Si para inscribir esa escritura de novación es necesario volver a presentar la escritura original en la que se constituyó el crédito hipotecario novado.

En cuanto a la primera de las cuestiones, hay que señalar que la cláusula de vencimiento anticipado puede establecerse por muy diversos motivos y su inscribibilidad o no ha sido defendida por distintos sectores doctrinales.

En principio, el vencimiento anticipado, y según el artículo 1.150 del Código Civil sólo debe producirse en los supuestos que en él se expresan y debe hacerse una interpretación restrictiva. Fuera de los mismos no debería producirse un vencimiento anticipado. No obstante, y debido al principio de autonomía de la voluntad de las partes (1.255 del Código Civil), es frecuente, y sobre todo en escrituras de préstamos hipotecarios, encontrar una cláusula en la que se pacta ese vencimiento anticipado ligado a diversos eventos que nada tienen que ver con los allí previstos.

La validez o no de las mismas y su posible inscripción son conceptos distintos y deben separarse. Pues una cosa es que sean válidas en sí mismas, y eficaces *inter partes*, amparándose en esa libertad contractual, y otra que sean eficaces frente a terceros, pues pueden carecer de trascendencia real, y por lo tanto no deberían ser inscribibles.

En principio las obligaciones, derechos personales, pactos o cláusulas con mera eficacia personal u obligacional deben quedar fuera del Registro de la Propiedad, como indican los artículos 2 y 98 LH. Sin embargo, si el incumplimiento de esas cláusulas o pactos meramente personales u obligacionales lleva aparejado el vencimiento anticipado de la obligación hipotecaria, que tiene como consecuencia la ejecución anticipada de la hipoteca, por esa pretendida eficacia real suelen inscribirse en el Registro de la Propiedad. De esta forma, como bien se puso de manifiesto en el Seminario de Registradores de Valencia, esas cláusulas personales se «convierten en el portón por el que se nos cuelan en el Registro los pactos de carácter obligacional» (1); pues existe el error de creer que lo «meramente personal puede tener efecto real por el mero hecho de pactarse el vencimiento anticipado», que como bien dice GARCÍA GARCÍA (2), ese pacto en lo que se refiere a aspectos obligacionales es un pacto, asimismo, personal, salvo lo que se refiere a los aspectos reales.

De esta forma se ha permitido la inscripción de pactos personales si su incumplimiento lleva aparejado vencimiento anticipado de la obligación, y consecuente ejecución anticipada del derecho real de hipoteca que la asegura como, por ejemplo, en los supuestos siguientes: la obligación de conservar la finca con diligencia de un buen padre de familia; asegurar la finca contra cualquier riesgo y pagar las primas del seguro a su vencimiento; pagar tasas, contribuciones e impuestos; derecho a inspeccionar la finca; llevar la contabilidad con los requisitos que impone una buena administración, y muchos otros.

Por lo tanto, muchas veces se ha permitido la inscripción de la cláusula de vencimiento anticipado por incumplimiento de muchas obligaciones personales, pese a que, desde mi punto de vista, deberían quedar fuera del Registro, pues el efecto real que pudiera tener ese vencimiento anticipado, adelantando la ejecución de la hipoteca, es muy difícil que se produzca en la práctica fuera de la causa normal y prevista de incumplimiento de pago de la obligación ga-

(1) «Calificación de las escrituras de hipoteca de las Entidades de crédito», en *BCRN*, 1975, pág. 602, del Seminario de Valencia.

(2) GARCÍA GARCÍA, J. M., «Un problema de hipoteca: unas cláusulas de vencimiento anticipado y de intereses variables no inscribibles», en *RCDI*, 1987, núm. 582, septiembre-octubre, pág. 1514.

rantizada (3). Considero entonces que ante la inutilidad de esos pactos, y su eficacia más bien personal, deberían quedar fuera del Registro de la Propiedad.

Sin embargo, en este caso, la posibilidad de vencimiento anticipado se vincula a la imposibilidad de conocimiento por parte de los contratantes del índice de referencia que se debe establecer para el cálculo de los intereses variables, en un segundo período del préstamo. Aquí, el pacto de vencimiento anticipado no se liga al incumplimiento de ninguna obligación personal, si no a una circunstancia externa, y como no se prejuzga su eficacia real o personal, la DGRN no entra sobre este tema porque tampoco fue objeto de recurso.

El rechazo de su inscripción por parte del Registrador es porque se refiere al hecho de que se deja al arbitrio de una de las partes o del azar, sin que exista un incumplimiento contractual, la eventualidad del vencimiento anticipado, con lo que eso puede afectar al tercero interesado.

Y voy a centrar el comentario sobre esta cuestión:

Los créditos a interés variable, y todavía más los hipotecarios, han generado desde su aparición grandes problemas, precisamente por la dificultad que entraña el poder calcular el importe al que van a ascender esos intereses y la correlativa responsabilidad hipotecaria que los asegura, pues ese desconocimiento inicial de su cuantía total y por tanto de la responsabilidad hipotecaria pone en peligro el principio de determinación registral.

Tras largas discusiones entre la doctrina, las entidades crediticias y Banco de España, la Orden Ministerial de 17 de enero de 1981 admitió la licitud de los créditos a interés variable, y ordenó la necesidad de su regulación, y estableció los dos requisitos esenciales que debían contener los contratos de crédito a interés variable: 1.º Debía pactarse un tipo de interés de referencia. 2.º Debían establecerse cláusulas de rescisión de las operaciones en función de la alteración de los tipos.

Posteriormente, el Banco de España desarrolló esta Orden mediante dos circulares, de 12 y 13 de 1981, en las que se recogían esas exigencias. Pero, una vez más, se volvió a iniciar la polémica en torno a la inscripción de las cláusulas de interés variable incorporadas en los contratos de préstamos hipotecarios en el Registro de la Propiedad. La discusión se zanjó con las conclusiones obtenidas por la Comisión Mixta de Registradores de la Propiedad, Notarios y Letrados de las Entidades de Crédito en las que se afirmó, entre otras cosas, lo siguiente:

1. Hay que establecer un máximo de responsabilidad hipotecaria que garantice esos intereses variables de cuantía desconocida *ab initio*. Los intereses variables han de garantizarse con hipoteca de máximo.

(3) En este sentido se manifiesta el Seminario de Registradores de Valencia en «Calificación de las escrituras de hipoteca de las Entidades de Crédito», *ob. y loc. cit.*

Y asimismo, AVILA NAVARRO, P., *La hipoteca. Estudio registral de sus cláusulas*, CER, Madrid, 1991, pág. 215, que recoge lo manifestado por el Seminario de Valencia y afirma que las cláusulas de vencimiento anticipado del crédito «no tienen una gran utilidad, pues la experiencia demuestra que son muy pocos los casos, si es que hay alguno, en que la hipoteca sea ejecutada por una causa distinta de la falta de pago, todas las demás son susceptibles por regla general de discusión entre las partes sobre la procedencia del vencimiento, discusión que no puede tener lugar en el procedimiento judicial sumario ni en el extrajudicial, y quizá tampoco en el ejecutivo ordinario, por lo que sería necesario un previo juicio declarativo».

2. El criterio de variación del interés ha de ser objetivo de acuerdo con el artículo 1.265 del Código Civil y 10 de la Ley de Consumidores (4).

Pues bien, ese criterio de variación del interés o ese tipo o índice de referencia, que no es sino la expresión de la evolución real del precio del dinero, y que por tanto se trata de una variable en sí misma, a la que se liga el tipo de interés de cada operación, ha de ser objetivo. Y por objetivo hemos de entender, como dice MUÑOZ VILLATÓN (5), «aquél que se forme con independencia absoluta de la voluntad de los contratantes, consecuencia lógica de los artículos 1.256 y 1.449 del Código Civil». La objetividad es esencial en Derecho, y por eso es absolutamente necesario que este índice se señale de modo completamente ajeno, sobre todo a la parte acreedora y que no dependa de su voluntad.

Por eso y en este sentido, la Circular 15/1988 del Banco de España prohibió que sirvieran como tipo de referencia los tipos publicados por la propia entidad o por otras de su grupo, e igualmente lo rechazó la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989, y la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, y lo corroboró la DGRN en Resolución de 7 de septiembre de 1988.

Sí se permite, no obstante, como índice de referencia: el preferencial de una sola entidad, siempre que no sea la prestamista; el tipo de referencia se obtenga de la media de los preferenciales de varias entidades financieras; el tipo de referencia que sea el mayor de dos o más. Y por supuesto son perfectamente admisibles, y sobre ellos no hay dudas, los tipos de intereses oficiales, como pueden ser los tipos interbancarios de los mercados financieros (EURIBOR, LIBOR); los fijados por los Bancos Centrales (Banco de España, Banco Central Europeo), o fijados por disposiciones legales (ejemplo, tipo de interés legal, o de demora), o el tipo del Mercado Hipotecario (IRMH).

El requisito de objetividad es fundamental para impedir que una de las partes sea quien pueda manejar a su arbitrio el contrato. Además, es fundamental que ese tipo de referencia se acredite, y que ambas partes lo conozcan y presten su consentimiento al mismo en el momento de contratar, pues de otra forma y como dice GARCÍA GARCÍA (6), se pueden producir vicios de consentimiento contractual, y recogiendo sus palabras: «la formación plena del consentimiento contractual exige que se acredite ese tipo de referencia que se pacta». En el mismo sentido incide ROCA SASTRE (7) al decir que «resulta imprescindible que el contrato especifique claramente cuál es ese tipo de referencia en el momento de su formalización», y va más allá diciendo que, además de su especificación, sería también necesaria o su justificación, mediante documento idóneo; pues al igual que GARCÍA GARCÍA, considera que este requisito «lo impone la innegable necesidad de que, no una sola, sino ambas

(4) Véase en torno a la evolución legislativa de la admisibilidad de los tipos de interés variable: ROCA SASTRE, R. M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, ed. Bosch, Barcelona, 1998, tomo VIII, págs. 120 y sigs.

(5) MUÑOZ VILLATÓN, J., «Hipoteca en garantía de los intereses variables. El llamado interés de demora», en *Hipotecas y Seguridad Jurídica*, CER, Madrid, pág. 153.

(6) Véase GARCÍA GARCÍA, J. M., «El Registrador de la Propiedad ante las cláusulas de interés variable en las hipotecas», en *RCDI*, 1984, núm. 560, pág. 58.

(7) Véase ROCA SASTRE, R. M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., «Derecho Hipotecario», *ob. cit.*, pág. 128.

partes, tengan plenamente formado su conocimiento y consentimiento en esta materia tan importante, a fin de evitar errores que producirían vicio del consentimiento contractual».

Pues bien, si la falta de expresión o la omisión de este dato pueden dar lugar a una falta de consentimiento, creo que su expresión dudosa, o poco clara, de forma que se impida su conocimiento exacto, podría llevar a esa misma conclusión de vicios del consentimiento.

Luego, en el caso que se analiza, de la cláusula que se pretende inscribir y que lleva aparejado el vencimiento anticipado de la obligación, se desprende claramente ese desconocimiento o al menos su posibilidad de desconocer el tipo de referencia, lo que me lleva a pensar que éste o bien no se ha expresado, o se ha hecho de manera deficiente. En este caso, no ya sólo esa cláusula no sería, desde mi punto de vista inscribible, sino que afectaría a todo el contrato. Porque de otra forma (si es que está bien expresada, y por tanto no hay vicio del consentimiento), no entiendo cómo puede desconocerse por el acreedor hipotecario, cuando, como ya hemos dicho, estos índices son objetivos, y generalmente publicados por organismos oficiales, lo cual me hace pensar que su desconocimiento sea casi imposible.

Si fueran así las cosas, considero que la cláusula se tendría que anular al vincularse a una condición imposible, según el artículo 1.116 del Código Civil, lo que en ningún caso permitiría su inscripción.

Es ésta una norma limitativa a la autonomía de la voluntad de las partes del artículo 1.255 del Código Civil, limitación que se entiende justificada por la indiferencia y nula relevancia de tales obligaciones condicionales; pues al ser imposible la condición, ésta pierde su esencia que es precisamente su incertidumbre, y por tanto, en este caso concreto, si desde el inicio se sabe que ese desconocimiento es imposible, nunca el vencimiento anticipado va a ser posible por este motivo. Luego, de nuevo se pone de relieve la inoperancia y efectividad práctica de dicha cláusula, lo que me conduce a defender su no inscripción.

En resumen, la inscripción de esta cláusula se me hace a todas luces imposible o muy difícil, sea por un motivo u otro: bien porque consideremos imposible el desconocimiento del índice de referencia (siempre podría aplicarse el último establecido); bien, porque si no se conoce exactamente ese tipo de referencia por estar mal expresado o mal determinados los criterios para su especificación, lo que puede llevar a una falta de consentimiento contractual; o bien, por último, tal y como mantiene el Registrador, porque se trata de una eventualidad totalmente ajena a la voluntad del deudor, lo que implica un desequilibrio en las partes contratantes y el que el contrato quede al arbitrio de uno de ellos (el acreedor), no entiendo la postura defendida aquí por la DGRN, a pesar de confirmar que la misma puede perjudicar el desarrollo del propio contrato. Si esto es así, la no idoneidad de su inscripción es todavía más clara.

Por otra parte, el segundo de los motivos de la calificación negativa del Registrador de la Propiedad es que no se ha presentado de nuevo la copia de la escritura de constitución de hipoteca ya inscrita y modificada por la nueva escritura que recoge la novación. Aquí, sin embargo, estoy de acuerdo con la posición de la DGRN, pues considero que no es necesario volver a presentar la primitiva escritura, cuando ya existe constancia en el Registro de todos sus pactos con contenido real en la inscripción de constitución de hipoteca practicada. Creo que bastará aportar la nueva escritura que recoge la novación, y

sólo esos cambios deberán ser ahora calificados e inscritos por el Registrador. En este sentido baste recordar, por ejemplo, las Resoluciones de 16 mayo de 1989, 16 de enero de 1990, 24 de octubre de 1997 y 30 mayo de 2000, cuya doctrina repite exactamente la Resolución que se comenta.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

RESOLUCIONES EN MATERIA DE URBANISMO COMENTADAS POR LOS INTEGRANTES DEL DESPACHO JURIDICO Y URBANISTICO LASO & ASOCIADOS

POR GABRIEL SORIA MARTÍNEZ

COMENTARIO DE LA RESOLUCION DE LA DIRECCION GENERAL
DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, DE 16 DE ENERO DE 2002

DECLARACION DE OBRA NUEVA Y CONSTITUCION EN REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL. RESERVA DE LEY PARA LA EXIGIBILIDAD DE LICENCIA RESPECTO DE LA CREACION DE MAYOR NUMERO DE ELEMENTOS PRIVATIVOS DE LOS PERMITIDOS EN LA LICENCIA DE EDIFICACION. EXAMEN DEL ARTICULO 53.A) DEL REAL DECRETO 1093/1997, DE 4 DE JULIO.

Resolución de 16 de enero de 2002, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Madrid, don José Angel Martínez Sanchis, contra la negativa del Registrador de la Propiedad, número 33, de la misma capital, don Miguel González Laguna, a inscribir una escritura de declaración de obra nueva y constitución en régimen de propiedad horizontal, en virtud de apelación del recurrente.

I. RESUMEN DE LOS HECHOS

El 3 de octubre de 2000 se otorga escritura de declaración de obra nueva y constitución en régimen de propiedad horizontal sobre una determinada finca por la compañía titular de ella. Según esta escritura, la obra nueva consiste en un edificio destinado a vivienda unifamiliar, compuesta de cuatro plantas, con una superficie total de 736 m², 67 dm², que ocupa sobre la parcela una superficie de 253 m², 28 dm². En la misma escritura se divide horizontalmente la edificación en dos viviendas unifamiliares independientes de cuatro plantas cada una de ellas y situadas una a la izquierda y otra a la derecha del edificio, que quedan constituidas en régimen de propiedad horizontal, con los correspondientes elementos comunes entre los cuales figura un terreno dedicado a jardín cuyo uso y disfrute respecto de porciones determinadas, no obstante, se atribuye como anejo inseparable a los propietarios de los elementos privativos. En la licencia municipal de edificación que se testimonia en el título consta, respecto de la descripción del edificio, que el núme-