

El Registrador de la Propiedad ante las cláusulas de interés variable de las hipotecas

«La función calificadoradora tiene su órgano propio, que es el Registrador de la Propiedad.»
«El Registrador califica los títulos presentados a Registro con entera libertad e independencia, sin perjuicio de los recursos que puedan interponerse conforme a la ley contra su calificación» (ROCA SASTRE).

I. LA TESIS QUE SE DEFIENDE

Las cláusulas de interés variable en las hipotecas, tal como están redactadas actualmente, no son inscribibles en el Registro de la Propiedad. Por ello, procede denegar dichas cláusulas mientras no se establezca otra redacción, de acuerdo con los puntos que iremos viendo.

Esto lo impone el principio de calificación registral en sus dos vertientes: en la de calificación-control, así llamada porque vela por el control de legalidad de las operaciones de tráfico jurídico inmobiliario; y en la de calificación-creación, es decir, en su aspecto de dar entrada a nuevas situaciones ideando y proponiendo la fórmula o cauce jurídico adecuado para las mismas.

Manifestación de la calificación-control en este campo de la cláusula de interés variable es la denegación, impidiendo el acceso al Registro de una cláusula con tres fallos fundamentales: 1.º falta de tipo de referencia o criterio objetivo de la variación del interés. La objetividad es básica en Derecho; 2.º no configuración de la cláusula a modo de hipoteca de máximo y de seguridad con el consiguiente señalamiento de un máximo

de responsabilidad real hipotecaria, con efectos tanto entre partes como respecto a terceros; 3.º falta de precisión y claridad a la hora de configurar el contenido de la cláusula de interés variable, lo que es insostenible tratándose de un contrato que funciona en la práctica como contrato de adhesión.

Manifestación de la calificación-creación es admitir el acceso al Registro de esta nueva figura que impone la realidad económica y que es la cláusula de interés variable, pero ideando, creando, fórmulas y cauces jurídicos que den viabilidad legal a la misma, ante la ausencia de una normativa sobre ella.

Por tanto, admisión de la cláusula de interés variable, sí; pero denegación de inscripción de la misma tal como aparece actualmente redactada, por no adaptarse a los más elementales principios jurídicos.

No debe ser obstáculo a esa denegación el hecho de que hasta la fecha se hayan podido inscribir muchas de ellas. La calificación registral se produce en cada momento con autonomía, sin que la vinculen calificaciones anteriores del propio Registrador, según ha declarado la Dirección General de los Registros. Por otra parte, la explicación de ese posible acceso al Registro hasta la fecha es porque se parte de la doctrina del último Considerando de la Resolución de la Dirección General de los Registros de 12 de septiembre de 1972, que admite la cláusula de interés variable, pero en unos términos que nada tienen ya que ver con el deterioro progresivo en la redacción de los formularios de hipotecas de las entidades de crédito, que si bien en principio se ajustaban a la doctrina de la Resolución, poco a poco han ido separándose de ella, hasta llegar a soluciones insostenibles como las del presente, en que se dan los fallos que acabamos de apuntar y que se irán comentando en lo sucesivo.

Por otra parte, para dar una salida a las numerosas escrituras de hipoteca que ya están formalizadas y que puedan ir formalizándose en el futuro manteniendo esa errónea redacción, hasta que se reciban los criterios o directrices de lo que he llamado antes la «calificación-creación», los párrafos cuarto y quinto del artículo 434 del Reglamento Hipotecario reformado el 12 de noviembre de 1982 brindan la posible solución: practicar la inscripción de la hipoteca sin la cláusula de interés variable, con la conformidad del presentante (párrafo 4.º del art. 434) y con referencia exclusiva al tipo de interés inicial, haciéndolo constar en la nota al pie del título, por diferir de lo solicitado o pretendido en el documento (párrafo 5.º del art. 434).

En cuanto a las inscripciones ya practicadas de cláusulas de interés variable, están en principio bajo la salvaguardia de los Tribunales conforme al principio de legitimación, por lo que mientras no sean decla-

radas nulas, surtirán su efecto, sin desconocer que a la hora de plantearse su ejecución ante los Tribunales pueden aparecer problemas, sobre todo en el procedimiento judicial sumario, por no haberse configurado debidamente como hipotecas de máximo y no haberse previsto el documento acreditativo del interés exigible, a efectos de la ejecución.

II. FUNDAMENTO DE LAS CLAUSULAS DE INTERES VARIABLE: COMPARACION CON LAS CLAUSULAS DE ESTABILIZACION

A pesar de que hay bastante conexión entre uno y otro tipo de cláusulas, el fundamento y finalidad de ambas son diferentes, y ello conviene apuntarlo desde el principio, si bien para decir en seguida, que, aunque una y otra cláusula sean diferentes, el fundamento de las limitaciones jurídicas que ha de tener una y otra son similares, sea por aplicación *a fortiori* o, para quien no admita la analogía, por aplicación directa de preceptos legales, que impide que la cláusula de interés variable entre el mundo jurídico tal como ha venido al mundo económico.

Las *cláusulas de estabilización* tratan de mantener la equivalencia de las prestaciones de las partes ante los riesgos de la depreciación monetaria. Hay un fundamento jurídico evidente, de *justicia conmutativa*: mantener la equivalencia de las prestaciones del contrato ante los problemas inflacionistas y de depreciación monetaria. Sin embargo, su admisión se ha producido lenta y trabajosamente, dado el principio nominalista que inspira el Código Civil y dado que, aunque producen una justicia parcial (en el contrato en cuestión) pueden contrastar con cierta injusticia general para el resto de los acreedores que no tuvieron la previsión de pactar la cláusula (así VALLET, *La antítesis inflación-justicia*). Lo cierto es que el Reglamento Hipotecario, en la reforma de 17 de marzo de 1959 las recogió en el número 3.º del artículo 219, si bien con la lógica cautela y prudencia de aquel tiempo y con importantes limitaciones, como son la imposición de determinados módulos objetivos, el señalamiento de unos topes de responsabilidad hipotecaria, la prohibición de que los intereses se apliquen sobre el capital ya estabilizado, etc. Hay quien criticó la reforma tachándola de tímida (ROCA SASTRE), pero no se olvide que ANTONIO HERNÁNDEZ GIL elogia las limitaciones con que se introdujo. Quizá en una futura reforma convenga revisar los topes y las clases de índices o módulos objetivos, pero siempre manteniendo la filosofía de las limitaciones, con objeto de evitar situaciones exorbitantes. Ciertamente que en la práctica no se ha usado apenas de las cláusulas de estabilización del capital en los préstamos hipotecarios, pero esto no puede llevar a la solución cómoda de

que es un artículo que no responde a la realidad y que se debe hacer caso omiso de él. El principio de legalidad impone la necesidad de atenerse al Reglamento mientras no sea reformado. Por tanto, si se presentase en el Registro una escritura de hipoteca con cláusula de estabilización del capital habría que aplicar el precepto y calificar esos importantes límites marcados reglamentariamente. Obsérvese, además, que era y sigue siendo una cuestión muy discutida en la doctrina y en la jurisprudencia, y de ahí la necesidad de cautela y prudencia. Pero, en definitiva, podemos decir que las cláusulas de estabilización del capital tienen abierto camino en el Reglamento Hipotecario y que su justificación jurídica es clara, partiendo de la necesidad de mantener la equivalencia o conmutatividad de las prestaciones, ante el fenómeno de la inflación o deflación.

Pero si las cláusulas de estabilización del capital tienen una fundamentación jurídica y una regulación legal, ¿qué decir de *las cláusulas de interés variable*? Buscaremos el posible fundamento.

Ante todo, hay que decir que dichas cláusulas aparecen relacionadas modernamente con los llamados «intereses preferenciales» de las entidades de crédito. En principio, no se configuran ni tratan de introducir como un medio de estabilizar las prestaciones de las partes, sino como un medio de dar salida a un problema meramente financiero y económico de tales entidades. Se trata de que éstas puedan mantener lo que se llama el «margen de explotación», o sea, el superávit o diferencia entre ingresos y gastos de dichas entidades, pues en otro caso, se dice que no podrían subsistir. Esta necesidad de superávit se explica por la función de «mediadoras» en el mercado financiero, que tienen las entidades de crédito. Efectivamente: las entidades reciben depósitos y dan intereses a cambio (operaciones pasivas); pero, por otro lado, también conceden préstamos recibiendo intereses de los prestatarios (operaciones activas). Gracias a los intereses que pagan los prestatarios se pueden atender los pagos de intereses a los depositantes y los múltiples gastos crecientes de las entidades. Y ocurre que la competencia del mercado financiero impulsa normalmente a la subida de los intereses que se dan a los depositantes, y como los depósitos suelen ser a plazo mucho más breve que los préstamos hipotecarios, se da la circunstancia de que los intereses de las operaciones pasivas aumentan —por la competencia y por la inflación— y, en cambio, los intereses de las operaciones activas (préstamos hipotecarios) se mantendrían invariables durante toda la vida contractual. La situación expuesta no es tan simple, pero da una idea aproximada del fundamento económico que, en definitiva, se persigue con la cláusula de interés variable: compensar los gastos de la entidad, para evitar una situación económica irreversible de la misma.

Por tanto, desde un punto de vista meramente económico, la cosa

está clara. Pero lo que no cabe es pretender conectar *jurídicamente* los patrimonios individuales de los prestatarios, entre sí, a través o con la disculpa de la función mediadora de las entidades de crédito. Porque, ¿qué conexión jurídica puede tener ese conjunto de patrimonios individuales? Desde el punto de vista jurídico de ambas partes del contrato, ¿por qué va a tener que variar el tipo de interés pactado en un determinado momento? Un prestatario concreto y determinado podría decir con razón que qué tiene que ver él con la masa de depositantes y con la masa de prestatarios. Para la entidad de crédito existe la justificación económico-financiera. Pero ¿y para el prestatario? Y es que el prestatario es el eterno olvidado cuando se estudia la cláusula de interés variable, a pesar de que puede ser el más afectado por la situación, por ser presumiblemente el menos potente de las partes.

En vista de lo que se acaba de decir, no hay más remedio que insistir en la búsqueda de una fundamentación jurídica de las cláusulas de interés variable, pues hasta ahora sólo se ha señalado una fundamentación parcial y economicista de la cláusula desde el punto de vista de la entidad financiera, y no desde la perspectiva jurídica, que ha de cubrir a ambas partes contratantes.

Para que se compruebe que soy partidario de las cláusulas de interés variable —con las limitaciones que se dirán—, entiendo que el fundamento jurídico puede encontrarse a través de estas dos vías conjuntas, si bien se señalan con precaución y cautela:

1.^a Con las cláusulas de interés variable se pretende mantener la equivalencia entre el dinero prestado (crédito) y el precio del mismo en cada momento de la vida contractual (períodos de interés). Así, en un préstamo con devolución a los veinte años, se trata de formar varios períodos de interés (anuales) en que se va pagando un interés equivalente al que en el mercado financiero se paga por los créditos, en tal momento y no en el momento inicial.

No obstante, para que este primer elemento de la fundamentación fuera totalmente correcto, sería necesario que quedara claro que el interés inicial —el de primer período— no se ha estipulado en consideración a un plazo largo del préstamo —de veinte años, por ejemplo—, sino que se ha hecho en condiciones inferiores, como corresponde a un período de menor duración y a las posibles variaciones pactadas.

Si esto no queda claro, todavía podía intentarse justificar la cláusula de interés variable, combinando esa idea de equivalencia periódica entre el crédito y su precio (interés), con la idea de la aleatoriedad, o sea, fundándola en un

2.^a Pacto o contrato aleatorio, en el sentido de que para mantener esa equivalencia se pacta, junto al tipo de interés inicial, un sistema que

suponga para ambas partes —y no para una sola—, a las posibles alza o baja, una variación con plena objetividad y claridad. La subida o bajada —la variación, pues, y no el aumento— depende de un mecanismo futuro e incierto, que es el precio que alcance el dinero en el mercado financiero en momentos sucesivos, a base de traducirlo en unos tipos de referencia objetivos y claros.

Con estas dos bases jurídicas se puede conseguir fundamentación a lo que en principio no era más que un problema económico de la entidad financiera. Pero el apoyo del Derecho impone unas lógicas servidumbres que ha de soportar la cláusula, pues los principios jurídicos claves, recogidos en preceptos legales, no pueden ser sobrepasados ni sorteados, bajo la disculpa de la situación económica de las entidades de crédito.

Estos principios jurídicos —que se obtienen del Derecho positivo, según veremos— y que la cláusula no puede sobrepasar son: 1.º la necesidad de *objetividad* del tipo de referencia, en base al cual se estipula la variabilidad; 2.º la fijación de un máximo de riesgo y de responsabilidad hipotecaria, entre partes y respecto a terceros; 3.º la necesidad de dar claridad y una concreta configuración a la cláusula de interés variable.

Estos mismos principios se aplican a las cláusulas de estabilización del capital, que es una figura similar, aunque diferente, a las cláusulas de interés variable. Téngase en cuenta que ambas se apoyan en el cambio de circunstancias (monetarias en el caso de la estabilización, y financieras en el caso del interés variable) y en ambos casos se pretende mantener una equivalencia de prestaciones. Por otra parte, no se puede olvidar que, en la práctica, las cláusulas de interés variable podrían llegar a encubrir o suponer —en ciertas circunstancias— una estabilización del interés, y entonces sí que habría que decir que son aplicables directamente los límites del artículo 219 del Reglamento Hipotecario, pues no cabe obtener «vía interés variable» lo que estaría prohibido «vía estabilización». Sobre esta posible relación entre cláusula de estabilización y cláusula de interés variable, que no se puede minimizar, una vez hecha esa tajante diferenciación entre una y otra, desde el punto de vista conceptual, hay que citar en primer lugar a TIRSO CARRETERO, que dice: «Es cierto que, a primera vista, nada tiene que ver la cláusula de estabilización por escala móvil (valor trigo, etc.) con la de interés variable (con referencia a un tipo de interés oficial...) Pero modestamente opino —continúa TIRSO— que se trata de dos problemas que contemplados desde una perspectiva económico-jurídica y de política monetaria ofrecen cierta unidad sustancial, que debe conducir a una unidad de planteamiento y solución. Mientras el valor de la moneda presente grandes oscilaciones, como es el caso de la presente gran inflación, y, en cambio, los tipos

oficiales de interés tengan oscilaciones leves, como acontece por ahora en los países europeos (hablaba TIRSO en 1974), el pacto de interés variable no se estima peligroso por razones cuantitativas. Pero si pensamos en una acaso estabilidad monetaria conseguida precisamente a través de una muy enérgica política monetaria de grandes alteraciones del tipo oficial de interés, se produciría, naturalmente, una inversión de los problemas y la cláusula de interés variable pasaría al primer plano, viéndose entonces que era el mismo problema planteado en términos de la obligación accesorio de intereses en vez de en términos de la deuda capital, cosa nada extraña, por otra parte, pues el valor de un capital, en definitiva, parece que debe estar íntimamente relacionado con la renta capaz de producir» (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1973, página 174).

No es que pretenda equiparar ambas cláusulas, sino que hago la cita para marcar una posible proximidad entre ellas.

No pretendo su identificación, entre otras cosas porque entonces la cláusula de interés variable estaría prohibida por el artículo 219 del Reglamento Hipotecario, y, sin embargo, no llegó a tanto. Me conformo con la aplicación analógica de ciertas limitaciones del artículo 219. Por otra parte, las limitaciones que he apuntado antes son aplicables fuera ya del contexto del citado artículo 219 del Reglamento Hipotecario, pues tienen su apoyo en otros preceptos que se irán viendo en lo sucesivo.

Por todo lo expuesto, y para concluir este epígrafe, la cláusula de interés variable, debe entrar en el mundo del Derecho y en el Registro de la Propiedad, con un ropaje jurídico adecuado, no como viene al mundo económico. Así entrará en el Registro «por la puerta grande», y no justificándola «por los efectos meramente económicos». Lo «meramente económico» para un profesional del Derecho tiene que ser insuficiente por sí mismo.

III. LA JURISPRUDENCIA, LA LEGISLACION Y LA DOCTRINA ANTE LA CLAUSULA DE INTERES VARIABLE

La única resolución hasta la fecha que se ha ocupado de la cláusula de interés variable es la de 12 de septiembre de 1972 en su último Considerando. Después de negar el acceso al Registro de una cláusula de estabilización del capital en supuestos de préstamo Ahorro-Vivienda, dada la finalidad social de esta clase de préstamos y «la finalidad social que es la propia de las Cajas de Ahorro, según sus leyes reguladoras», admite la inscripción de una cláusula de interés variable, que poco o nada tiene

que ver con las cláusulas que aparecen actualmente en la práctica diaria, diciendo lo siguiente:

«Considerando que respecto de la segunda y última de las cuestiones a tratar, y aceptada por el prestatario la posibilidad de que si se modifican los intereses de esta clase de préstamos por disposición ministerial serán estos nuevos los que se aplicarán a partir de la fecha de entrada en vigor, pues las disposiciones mencionadas no han impuesto la norma con carácter retroactivo a los préstamos ya formalizados, sino, por el contrario, con respeto del interés pactado, no cabe duda que producirá todos sus efectos entre las partes y que podrá ser inscrito sin que pueda sobrepasarse el máximo de responsabilidad hipotecaria señalada en la escritura de hipoteca, por ser una exigencia del principio de especialidad y de la necesidad del tercero de conocer exactamente esta circunstancia, que tanto puede afectarle».

Esta referencia en la resolución a la cláusula de interés variable ha permitido que hayan tenido acceso al Registro de la Propiedad múltiples cláusulas de interés variable, pero hay que observar lo siguiente: 1.º que se refiere a la modificación por disposición ministerial, que es un sistema totalmente objetivo, que nada tiene que ver con el actual mecanismo de los intereses preferenciales, dada la liberalización que hoy existe en el mercado financiero. Por tanto, se trata de una resolución que contempla un sistema de referencia OBJETIVO, OFICIAL Y PUBLICO, que es lo contrario de lo subjetivo y preferencial de las propias entidades que pactan el interés. 2.º Que exige la fijación de un máximo de «responsabilidad hipotecaria», y como esta responsabilidad «hipotecaria», es por consecuencia de la «hipoteca», y ésta es un derecho real que afecta a partes y a terceros, el máximo al que la resolución se quiere referir es un máximo sin distinción de partes y terceros. Una lectura superficial del «Considerando» ha hecho que algunos hagan decir a la resolución lo que no dice, a saber, que el «máximo es meramente respecto a terceros». Pero esto no lo dice la resolución, que se refiere al «máximo de responsabilidad hipotecaria», y sólo para explicarlo, alude a continuación al principio de especialidad (que no se olvide, es aplicable a «partes y a terceros», según la doctrina y la legislación) y, además, al conocimiento de los terceros de esa circunstancia, pero no es que afecte «sólo a terceros», ni mucho menos que esos terceros sean unos «terceros concretos», sino más bien todo el mundo, es decir, el *penitus extraneus* o sea, el sujeto pasivo universal típico de todo derecho real como es la hipoteca. También una precisión en el contenido de las servidumbres permitirá a los terceros conocer exactamente su perfil, y no por ello, el principio de especialidad deja de aplicarse también a las partes. Pero sobre todo esto volveremos después.

Ahora quería deshacer el equívoco que se ha creado en torno al escueto Considerando de esta resolución.

En definitiva, podemos concluir que, en base a esta resolución, se puede admitir la cláusula de interés variable, pero, al mismo tiempo hay que señalar que en base a esta resolución de ninguna manera pueden admitirse las cláusulas de intereses variables que circulan actualmente en la práctica, que nada tienen que ver con la que contempló la resolución.

Algunos autores se han ocupado, al comentar esta resolución, de las cláusulas de interés variable, pero dada la época en que escribían, en que no habían aparecido los intereses preferenciales, poco nos pueden decir de los problemas que ahora se plantean, y concretamente de las limitaciones jurídicas que deben tener estas cláusulas.

Así, por ejemplo, véase el comentario de TIRSO CARRETERO (lugar citado), que confiesa ser «insuficiente la doctrina de la resolución para determinar las verdaderas consecuencias de la admisión por el Registro de las cláusulas de interés variable», y que a pesar de caer en un cierto confusionismo respecto al máximo de responsabilidad por intereses, que entiende que es *erga omnes*, al final hay un poco de claridad —no la suficiente— cuando dice que «será necesaria una reelaboración doctrinal de los formularios para que no queden confundidos e interfiriéndose entre sí los dos topes de responsabilidad hipotecaria por intereses que juegan al admitirse la inscripción de una cláusula de interés variable: el tope temporal tradicional, fijado en años, y el nuevo, derivado de las fluctuaciones de tipo de interés, que debiera fijarse en puntos, y tanto hacia arriba como hacia abajo». Pero para haber dado en el clavo tendría que haber añadido que esos topes son totalmente diferentes en su naturaleza, y efectos, pues el del artículo 114, el temporal, es sólo respecto a terceros, y en cambio, el tope de cuantía por interés variable, al ser de máximo, es para partes y para terceros. Sobre esto insistiremos después.

Otro autor que se ha ocupado de estas cláusulas es JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ, pero en este punto *aliquando dormitat Homerus*, porque, al hacer una distinción entre «partes» y «terceros», ha podido provocar cierto confusionismo en relación con el artículo 114, que nada tiene que ver con nuestro caso. Por otra parte, se escapan frases que aluden sólo a la «elevación», cuando, como es sabido, la validez de la cláusula exige estar al alza y a la baja. En fin, hay cierta mezcla a propósito de la cláusula de estabilización de capital y la cláusula de interés variable que yo he tratado antes de diferenciar y aproximar en cada aspecto concreto. (Pueden verse sus obras, *Teoría, práctica y fórmula de la calificación registral*, Madrid, 1978, págs. 264 y ss., y *Complemento al Derecho Hipotecario y su Legislación*, Madrid, 1974, págs. 291 y ss.) Ultimamente,

en el V Congreso Internacional de Derecho Registral celebrado en Roma han presentado ponencias sobre el tema EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO y ADOLFO AÑINO GARRIDO, aparte del propio JOSÉ MARÍA CHICO.

EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO se ocupa en general de la *Problemática registral de las cláusulas estabilizadoras de la hipoteca*, dedicando un epígrafe a «las cláusulas de estabilización y los intereses», en donde cita la Resolución de la Dirección General de los Registros de 12 de septiembre de 1972, y propugna que en una futura reforma reglamentaria se admita el principio de que el interés actúe sobre el capital nominal corregido por los índices estabilizadores y que se moderen oficialmente los puntos de interés aplicable. Además, se adhiere a la opinión de TIRSO CARRETERO en el sentido de que tanto las cláusulas estabilizadoras del capital como las de los intereses tratan de solventar el mismo problema, aunque obedezcan a enfoques distintos, que es el problema de incrementar la renta del capital prestado con garantía hipotecaria.

Por su parte, ADOLFO AÑINO GARRIDO, dentro de un estudio mucho más amplio titulado *Aspectos financieros del Derecho real de la hipoteca. Las garantías jurídicas del mantenimiento del valor económico del inmueble hipotecado y del crédito garantizado. La movilización de los créditos hipotecarios*, dedica un epígrafe a las cláusulas de interés variable, con referencia a la Orden ministerial de 17 de enero de 1981 y a la Circular del Banco de España de 24 de febrero de 1981. Hace una crítica interesante a la norma tercera de esta Circular, respecto al preferencial de la propia entidad como tipo de referencia, diciendo: «La circunstancia de la generalidad de estos intereses —en el sentido de que la entidad de crédito los aplica a todos sus clientes— no los priva de su carácter subjetivo, en el sentido de que dependen de la voluntad o arbitrio de una de las partes del contrato (confróntese art. 1.256 del Código Civil)». Quizá falte cierta contundencia frente a la Circular, pues en mi opinión, según se dice después, no puede considerarse norma coactiva para los prestatarios. También se echa de menos una diferenciación de la cláusula de interés variable respecto al supuesto del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, acerca de lo cual hablaré más adelante.

En cuanto a la legislación mencionaré algunas disposiciones recientes que se han ocupado de la cláusula de interés variable.

Así, la Orden del Ministerio de Economía de 17 de enero de 1981 alude a la figura que estamos estudiando, diciendo lo siguiente: «En los préstamos o créditos a tipo de interés variable que concierten las entidades de depósito deberá pactarse un tipo de interés de referencia y establecerse cláusulas de rescisión de las operaciones en función de la alteración de los tipos y condiciones de los mercados que permitan a cualquiera de las partes una ordenada gestión financiera». Tenemos, por tan-

to, dos requisitos, ya de entrada en los contratos de préstamo a tipo de interés variable: 1.º pactar un tipo de referencia; 2.º pactar cláusula de rescisión.

Naturalmente, deben cumplirse los preceptos legales existentes, pues no basta señalar sin más un tipo de referencia, sino que éste ha de ser objetivo, y por otra parte han de cumplirse las normas de la legislación hipotecaria en relación con la figura adecuada para garantizar tales préstamos, que como veremos es la hipoteca de seguridad. Pero, al menos, hay ya una disposición, si bien de inferior rango, que contempla las cláusulas de interés variable.

La citada Orden ministerial hizo una delegación a favor del Banco de España facultándole para «dictar las normas precisas para el desarrollo y ejecución de la presente Orden, y en particular para: a) determinar la forma en que se publicarán los tipos preferenciales mencionados en el número segundo, e inferiores y superiores mencionados en el número noveno párrafo 4.º; b) establecer los criterios a que se someterán los contratos de préstamos y créditos a tipo variable dentro de lo dispuesto en el número tercero.

En cumplimiento de esta delegación de facultades, el Banco de España ha dictado, en relación con el interés variable, la Circular 12 de 1981, de 24 de febrero, que contiene una serie de puntualizaciones a propósito del tema, según se verá, pero ya de entrada hay que advertir lo siguiente: 1.º que si bien se trata de instrucciones que son obligatorias para las entidades de crédito, no tienen efectos civiles pues no vinculan a los prestatarios, ya que no se dirigen a ellos, ni han sido publicadas en el *Boletín Oficial del Estado*; 2.º que el contenido de dicha Circular ha de entenderse sometido, en todo caso, a la jerarquía normativa y concretamente, por lo que se refiere a los préstamos hipotecarios, a la superior jerarquía resultante del Código Civil y de la legislación hipotecaria; 3.º que aparte de lo anterior, dicha Circular contiene una serie de normas que —salvo en lo relativo al preferencial de la propia entidad— pueden ser aceptadas como criterios racionales a tener en cuenta en la estructuración de la cláusula de interés variable, pero no porque lo diga la Circular —que ya se ha dicho no tiene efectos vinculantes para el prestatario— sino por lo razonable y equitativo de sus soluciones, que pueden ser aplicadas para dar una regulación adecuada a la cláusula, si son asumidas por las partes contratantes al estructurar este contrato atípico que implica la misma.

IV. TERMINOLOGIA EN LA CLAUSULA DE INTERES VARIABLE

Cuando la cláusula de interés variable era del estilo de las que contemplaba la Resolución de 12 de septiembre de 1972 no se necesitaba conocer ninguna terminología especial. Pero a la vista de la redacción actualmente existente, se impone precisar una serie de términos:

Interés inicial: es el que se fija en el momento de otorgar el contrato, que a lo largo de la vía del préstamo será objeto de variación (*interés variable*).

Tipo de referencia: es el módulo que se tiene en cuenta para la variación del interés en cada período.

Interés preferencial: es el que la propia entidad u otras entidades conceden respecto a clientes de trato preferente. En la práctica actual ese interés preferencial se pretende que sea tipo de referencia. Pero como el tipo de referencia, según veremos, ha de ser objetivo, lo procedente es que el preferencial sea el de otras entidades (una media de ellas) distintas de la contratante. También hay otros posibles tipos de referencia (el de emisiones de cédulas, bonos, etc.).

Diferencial: es la diferencia de puntos que en el momento de celebrar el contrato existe entre el interés inicial pactado y el interés de referencia. Este diferencial debe permanecer invariable durante toda la vida del préstamo, según veremos. Por ejemplo, siendo el tipo de referencia un 15 por 100, y el tipo inicial pactado el 17 por 100, el diferencial es 2 puntos. Las variaciones se calculan sumando 2 puntos al tipo de referencia en un momento dado, lo que nos dará el interés resultante de la variación, que puede ser por encima o por debajo del inicial.

Período de interés: es el período durante el cual el tipo de interés permanece invariable, y normalmente es un año. Pasado este año, y para el siguiente período de interés, se producirá la variación correspondiente. Por ello, dentro del plazo del préstamo (por ejemplo, diez años), pueden existir varios períodos de interés, a efectos de la cláusula de variación (por ejemplo, diez períodos de un año cada uno), y en cada período, el interés variará atendiendo a la variación del tipo de referencia más los puntos del diferencial.

Extraña terminología toda esta para el jurista, pero que ha de aceptar si quiere profundizar en la cláusula de interés variable. Más extraña todavía puede serlo para la masa de prestatarios, pero de esto se hablará más adelante, a propósito de la necesidad de dar claridad a la cláusula.

A esa terminología, podría añadirse alguna otra modalidad, más familiar para el hipotecarista, pero sólo para decir lo siguiente:

Máximo de responsabilidad hipotecaria: es la cantidad máxima de que responde la finca en las hipotecas de seguridad y que se aplica tanto a las partes como a terceros, sin hacer distinción entre ambos, pues es una cuestión de esencia del derecho real de hipoteca.

Tercero: figura discutidísima que estudian en profundidad los hipotecaristas, que emplean los preceptos legales y que no deben emplear nunca los contratantes fuera del contexto en que están empleados en los textos legales, y mucho menos en las hipotecas de máximo, que nada tienen que ver con la distinción entre partes y terceros, según se verá.

V. NECESIDAD DE QUE EL TIPO DE REFERENCIA SEA OBJETIVO

El primero de los requisitos que ha de reunir la cláusula de interés variable para que pueda ser inscrita en el Registro de la Propiedad es la OBJETIVIDAD del tipo de referencia, de modo que ninguna de las partes del contrato y mucho menos la entidad financiera, pueda decidir, influir, controlar o intervenir en esta cuestión.

La OBJETIVIDAD del tipo de referencia va unida al requisito que nadie discute de que la variación puede ser por aumento o disminución del interés. Si el tipo de referencia no es objetivo, hay base para pensar que la disminución del interés no se producirá nunca o que una parte tiene en su poder armas suficientes para que esa disminución no se produzca.

Hasta tal punto es importante la necesidad de la objetividad en Derecho, que es conocida la frase de que «nadie puede ser juez y parte al mismo tiempo», de tal modo que, una cláusula de un contrato de préstamo, que, por cierto es un contrato en que siempre debe extremarse la precaución, en cuya cláusula se atentara contra la objetividad, podría decirse que atenta contra el artículo 1.255 del Código Civil.

La objetividad en esta materia es un principio general del Derecho, que viene recogido expresamente en nuestro Código Civil en el artículo 1.256, cuando dice que «la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes». Dejemos de momento el problema de la «validez» y centrémonos en el «cumplimiento». El cumplimiento es la realización de las prestaciones en que la obligación consiste, y en el presente caso, el contenido de la presta-

analizada la información, con respecto a sus costes, ingresos y otros datos del balance y fundándose, además, en el conocimiento que tiene acerca de la situación y evolución de los distintos mercados financieros del país, puede perfectamente encargarse, y de hecho así lo hace, del control y vigilancia de los tipos de referencia utilizados y también publicados por aquellas entidades. Pero a efectos civiles de calificación de la validez de la cláusula esto no interesa, pues aparte del control que pueda ejercer el Banco de España y de las sanciones y actuaciones que pueda realizar, a efectos civiles, el control de la cláusula en el tráfico jurídico inmobiliario corresponde al Registrador de la Propiedad, dada su función cautelar tendente a evitar situaciones irregulares.

Por todo ello, una de las conclusiones del estudio que hizo una Comisión de Registradores del Centro de Estudios Hipotecarios de la Delegación de Cataluña, a propósito de las cláusulas de interés variable, formada por FRANCISCO PÉREZ DE LA CRUZ, FRANCISCO ROGER MATA LLANA, JORGE SALAZAR y yo mismo, fue la que dice así:

«Ha de cumplirse lo dispuesto en los artículos 1.256 y 1.449 del Código Civil. El criterio de determinación del interés no puede quedar al arbitrio de una de las partes contratantes. Consecuencia de esto es que no es inscribible la cláusula en que el tipo de referencia es el preferencial de la propia entidad prestamista. Ciertamente que en la determinación de este preferencial operan condiciones del mercado financiero, pero esto no es suficiente para mantener la objetividad del criterio, pues en alguna medida interviene la entidad prestamista, y esto es suficiente para la aplicación de esos preceptos, sobre todo tratándose de cláusulas que operan en la práctica a modo de contrato de adhesión, en que la interpretación ha de ser restrictiva. Ciertamente también que la Circular 12/1981, de 24 de febrero, del Banco de España, incluye entre los que recomienda el tipo de interés preferencial, pero a efectos hipotecarios, la calificación registral ha de partir de la aplicación preferente del Código Civil. Por tanto, ha de estipularse un tipo de interés de referencia totalmente objetivo».

Deben también excluirse otros tipos de referencia subjetivos

Por las mismas razones que se acaban de indicar tampoco cabe que se señale como tipo de referencia el interés retributivo que la entidad aplique a los depósitos de ahorro, o el tipo de los bonos o cédulas emitidos por la propia entidad, pues en todos estos casos, la decisión final sobre el interés se monopoliza en la entidad prestamista, con olvido absoluto de la parte prestataria, amparada por los preceptos ya señalados.

*Posibilidad de pactar como tipo de referencia la media
de preferenciales de otras entidades*

Si se pacta como tipo de referencia el que en un momento dado sea la media de los intereses preferenciales de cuatro o tres Bancos por ejemplo, siendo todos ellos distintos de la entidad prestamista, la objetividad se consigue, pues ella no decide esos tipos preferenciales.

Ahora bien, hay que hacer también algunas puntualizaciones: 1.^a no cabe aludir sin más, a los tres o cuatro grandes Bancos, sino que hay que especificar de qué Bancos se trata, pues lo otro es un criterio impreciso que no puede reflejarse en una inscripción; 2.^a hay que especificar el diferencial actual —en el momento del contrato— respecto a ese promedio; 3.^a hay que *acreditar* y no sólo especificar ese promedio de preferenciales, no ya sólo en el momento de la ejecución, según veremos después, sino en el momento mismo de otorgar la escritura de hipoteca, ya que al ser un promedio, es de difícil conocimiento por los prestatarios, y para subsanar esta oscuridad debería unirse a la escritura sendas certificaciones de los Bancos de referencia o certificación del Consejo Superior Bancario o de la Confederación de Cajas de Ahorro o del Banco de España; 4.^a debe procurarse un amplio abanico en las entidades que se tomen como referencia. Quiero decir que sería conveniente, si se está ante una Caja de Ahorros, que no se utilizasen como preferenciales de referencia, los de otras Cajas, pues subsiste la cuestión de la imparcialidad u objetividad del criterio, apuntándose la posibilidad de utilizar entonces los preferenciales de los Bancos. De todos modos este es un punto discutible, y hay que reconocer que la Comisión de Registradores antes citada, señaló que «a título de ejemplo, podría admitirse la media de los preferenciales de otras tres entidades específicamente señaladas», sin hacer distinciones sobre el problema que estoy apuntando.

También cabría utilizar como tipo de referencia el del mercado interbancario (MIBOR) o el rendimiento de las obligaciones privadas, siempre que tengan una publicación adecuada.

*La utilización del preferencial de la propia entidad como tipo
de referencia alternativo, no único, y sus dificultades*

Alguna entidad ha pretendido obviar en la práctica el problema del artículo 1.256 del Código Civil, estipulando que el tipo de interés de referencia será el preferencial de la propia Caja, siempre que sea inferior al promedio del de los cuatro Bancos que señala. Con este condicionamiento de que ha de ser *inferior* al tipo *objetivo*, parece que

se obvia el problema del 1.256, pues parece que ya no queda al arbitrio de la parte prestamista, que en todo caso se somete a la objetividad de los preferenciales de otros Bancos.

Ahora bien, tengo que decir que se trata de una mera apariencia de objetividad, pues a poco que se estudie la cláusula se verá que no es así, sino que tiene todavía más fallos al intentar escaparse del artículo 1.256 sin conseguirlo.

Ante todo, veamos lo que dice esa cláusula: «a) Desde hoy hasta el último día del año natural siguiente al presente, el tipo de interés será de ... por 100 anual, resultante de incrementar en ... puntos el "tipo de interés preferencial" publicado por la Entidad en los tablones de anuncios de todas sus oficinas, conforme a la Circular 13/81 del Banco de España, para operaciones de crédito a TRES AÑOS, que se tomará como interés de referencia y que el día de hoy es del ... por 100 anual. b) Para cada uno de los años naturales de vigencia del préstamo siguientes al plazo señalado en la letra a) precedente, el tipo de interés a aplicar será el resultante de incrementar con el citado diferencial de ... puntos el que sea inferior entre los dos siguientes: 1. El preferencial expresado en la letra a) precedente. 2. El promedio de los tipos de interés preferencial para operaciones de crédito a tres años, publicados por los Bancos (señala cuatro), que se denominarán, a efectos de este contrato, como Bancos de referencia».

El error de esta cláusula está en que, pactando dos posibles tipos de referencia alternativos (el de la propia Caja y el promedio de los cuatro Bancos), no obstante sólo señala un diferencial, y lo hace en relación con el preferencial actual de la propia Caja, olvidándose totalmente del diferencial de los Bancos, cosa importantísima pues como normalmente los tipos de interés de los Bancos son superiores a los de las Cajas —al menos actualmente, en el momento de la firma de los contratos en cuestión—, el diferencial entre el tipo inicial pactado y el del promedio actual de los Bancos será inferior al de la Caja, y en la práctica actual, llega a ser incluso negativo. Y como en la cláusula se señala un único diferencial (el de la Caja) y ese diferencial es el que hay que sumar a los tipos de referencia alternativamente previstos, el resultado de la comparación de ambos tipos será siempre favorable a la Caja.

En definitiva, hay en la cláusula dos fallos muy concretos:

1.º Pretende comparar intereses de la Caja con los intereses de los Bancos comerciales. Todo el mundo sabe, por la práctica actual, que los intereses de las Cajas son siempre inferiores a los de los Bancos, pues se trata de entidades totalmente diferentes en su naturaleza, finalidad y funcionamiento, que no se pueden comparar en cuanto a diferenciales. El

resultado de una comparación siempre tiene que ser el de salir como inferior el tipo preferencial de la propia Caja. Ahora bien: de lo que se trataba era de evitar que jugara como único el preferencial de la propia Caja, por entender que ello iba en contra del artículo 1.256, y resulta que con el sistema propuesto en esa cláusula, el preferencial de la Caja actuará siempre como único.

2.º El fallo de prever un único diferencial. Pondremos un ejemplo: supongamos que se pacta como tipo de interés inicial el 17 por 100, que se dice obedece a un diferencial de dos puntos respecto al preferencial de la propia Caja, que en el momento del contrato es del 15 por 100. Por tanto, se pacta un único diferencial —dos puntos— atendiendo solamente al preferencial de la propia Caja. Nada se nos dice en el momento inicial del contrato, del promedio preferencial de los cuatro Bancos que luego se toman como referencia, ni de su diferencial respecto al tipo inicialmente pactado. Pero debería especificarse el diferencial respecto a los Bancos, para dejar claro el contrasentido de la cláusula, pues tengo entendido que el promedio de preferencial de los Bancos es actualmente algo superior al 17 por 100, es decir, un 17,25 por 100, con lo cual sería superior al tipo inicial pactado, y consiguiente su diferencial sería negativo, de —0,25 puntos, frente al + 2 puntos de diferencial de la Caja. Ahora bien, para obtener la variación del interés, se dice en la cláusula que hay que sumar el diferencial de 2 puntos (el de la Caja) tanto al futuro preferencial de la Caja como al futuro preferencial del promedio de Bancos, cuando lo que debería hacerse es sumar ese diferencial de 2 puntos al preferencial de la propia Caja y, aparte, restar el diferencial de 0,25 (negativo) del promedio de Bancos, y sólo de esta manera, comparar los dos resultantes para ver entonces si es inferior el de la Caja. De otro modo, tal como está redactada la cláusula, al sumar en ambos casos el diferencial de los dos puntos, la diferencia entre Caja y Bancos de referencia se haya ya insalvable, con el contrasentido de aplicar el diferencial que se obtuvo de uno de los elementos de la comparación, al otro elemento, que tiene un diferencial distinto y hasta negativo, en el caso imaginado.

Todo esto es muy complicado para el interesado y resta claridad a la cláusula, y por ello, lo mejor es prescindir simplemente de este criterio alternativo, utilizando un único criterio objetivo sin hacer entrar para nada, ni siquiera como inferior, el preferencial de la propia Caja. Pero lo que he querido demostrar es que tal como está redactada la cláusula, se infringe encubierta, pero claramente el artículo 1.256 del Código Civil, pues siempre prevalecerá el preferencial de la propia Caja en la práctica. Y por ello, caben dos soluciones: 1.ª Prescindir lisa y llanamente del preferencial de la propia Caja, que es la solución ideal, a la

vista del artículo 1.256; 2.^a Señalar claramente los respectivos diferenciales de los dos elementos de comparación y no uno sólo, pero la claridad en este punto sería casi imposible, por lo que es mejor desistir en cualquier caso del sistema de comparación o alternativa de módulos.

El tipo de referencia de la propia Entidad no puede pactarse tampoco como tipo sustitutivo, en defecto de otros

Después examinaremos más detenidamente el problema de los intereses sustitutivos. Lo que ahora simplemente quiero decir es que si se eliminan los tipos de referencia en que puede actuar el arbitrio de la propia entidad (sea su preferencial o el tipo de emisiones de sus propias Cédulas o bonos, o el tipo de interés de sus certificados de depósito) por ir contra el artículo 1.256 del Código Civil, esa eliminación ha de hacerse tanto respecto a los tipos de referencia que se pacten en primer lugar, como respecto a los llamados tipos de referencia sustitutivos que habrían de operar en defecto de los primeros.

Con esto, aunque no se da solución total al problema de los intereses sustitutivos, al menos se resuelve en parte la cuestión, pues ya no podrán ser utilizados muchos de ellos, como se hace actualmente en la práctica. Hay que tener en cuenta que los tipos de referencia sustitutivos enturbian enormemente la cláusula, pero de ello ya me ocuparé más adelante, al hablar de la figura de los contratos de adhesión.

VI. EL REQUISITO DE LA FIJACION DE UN MAXIMO DE RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA ENTRE PARTES Y RESPECTO A TERCEROS

Este es el segundo de los requisitos de la cláusula de interés variable. En la práctica se viene observando una distinción improcedente entre partes y terceros, aplicando la cantidad máxima sólo respecto a terceros, por mera comodidad en la referencia al artículo 114 de la Ley Hipotecaria, sin pararse a pensar que este artículo nada tiene que ver con la cláusula de interés variable.

La solución que dio la Comisión de Estudios del Centro de Cataluña

Para destacar ya desde el principio cuál es mi opinión en este punto, indico a continuación la solución dada por dicha Comisión, de la que como ya he indicado formamos parte cuatro Registradores de Cataluña:

«Configuración de la cláusula de interés variable dentro de la figura de la hipoteca de máximo. Hipotecas de máximo son aquellas que garantizan el cumplimiento de obligaciones indeterminadas en su existencia o en su cuantía. En este caso, la variabilidad del interés implica que estemos ante una obligación indeterminada en su cuantía. En estos casos, puede aplicarse por analogía la regla general del artículo 153 de la Ley Hipotecaria sobre hipotecas en garantía de cuentas corrientes, y puede compararse, a modo de ejemplo, con la hipoteca... en garantía de cláusula de estabilización de capital del artículo 219-3.º del Reglamento Hipotecario (olvido ahora la hipoteca de costas por sus implicaciones procesales que la hacen muy diferente a todas). En todos estos casos, el máximo de responsabilidad hipotecaria no se fija exclusivamente para terceros, sino que también opera *inter partes*. O sea, que en las hipotecas de máximo, no cabe la diferenciación entre partes y terceros. Los procedimientos de ejecución hipotecaria sólo pueden aplicarse hasta el máximo pactado, aun en el supuesto de pretenderse la ejecución contra la parte prestataria, sin existir terceros.»

«Por tanto —seguía la Comisión—, no es inscribible la diferenciación entre partes y terceros que pudiera hacerse a propósito del interés variable. La inscripción del máximo no puede referirse sólo a terceros, sino que ha de fijarse, a todos los efectos de la hipoteca, es decir, con efecto también entre partes.»

«Distinto problema —añade la Comisión— es el de si, *a efectos exclusivos del préstamo*, cabe dejar ilimitada la cantidad. Pero, por una parte, esto no interesa a la hipoteca, cuya inscripción es constitutiva, tanto para terceros como para las partes. Y por otro lado, podría discutirse —aunque no se entra en ello— la admisibilidad de un préstamo con interés variable sin previsión alguna de tope de responsabilidad «*inter partes*». Alguna opinión deduce que se raya en la figura de la aleatoriedad contractual, en que la tipificación del riesgo que se asume parece concordar con la teoría de la causa del negocio jurídico y con la necesidad de evitar excesivas incertidumbres en negocios atípicos con alguna nota de contratos de adhesión.»

«Consecuencia también de la configuración del supuesto como hipoteca de máximo —terminaba la Comisión— es que, a efectos de la utilización del procedimiento judicial sumario, ha de pactarse un sistema para la determinación de la cuantía en el momento de la ejecución. Podría pensarse en un documento acreditativo de la media de intereses preferenciales de otras entidades (¿Certificación de la Confederación de Cajas? ¿Certificación del Consejo Superior Bancario? ¿Certificación del Banco de España...?)»

Hasta aquí la conclusión de la Comisión del Seminario de Derecho Hipotecario de Cataluña.

A partir de ahora se refuerzan esas conclusiones.

La cláusula de interés variable implica hipoteca de máximo y este máximo es entre las partes y respecto a terceros, sin distinción

Nadie discutirá que la cláusula implica una obligación indeterminada en su cuantía, que depende de la incertidumbre de la situación económica y, en concreto, del tipo de referencia. Por eso se trata de una hipoteca de máximo, que es una de las clases de hipoteca de seguridad. ROCA SASTRE define la hipoteca de máximo diciendo que «es la que se constituye por una cantidad máxima, en garantía de créditos indeterminados en su existencia o cuantía, que sólo se indican en sus líneas fundamentales, y cuya determinación se efectúa por medios extrahipotecarios». Esa indeterminación de cuantía de la cláusula de interés variable impone la configuración del supuesto como hipoteca de máximo. Así lo entiende también TIRSO CARRETERO al comentar la Resolución antes citada de 12 de septiembre de 1972, diciendo: «Si la intención del considerando es la que nos imaginamos —dice TIRSO— la cifra global fijada pasa a ser el máximo de garantía de una hipoteca de seguridad con indeterminación del crédito, que habrá de ser determinado en su día mediante el cálculo de los intereses correspondientes a cada período con tipo distinto ministerialmente fijado» (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1973, pág. 177).

Una vez sentado que estamos ante una hipoteca de máximo, pasamos al segundo punto, que es el de la necesidad de que ese máximo se aplique sin distinguir entre partes y terceros, a efectos de la hipoteca.

Hay que partir del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, que es fundamental en materia de hipotecas: «Las inscripciones de hipoteca expresarán el importe de la obligación garantizada y el de los intereses si se hubieran estipulado». Olvidemos por un momento el artículo 114 —luego nos ocuparemos de él— y meditemos en esta regla general del artículo 12. Pues bien, cuando el precepto alude al «importe de la obligación garantizada» la fijación que exige no es sólo para terceros, sino que es entre partes y terceros sin distinción. En las hipotecas ordinarias o de tráfico esto es así, sin ningún problema. En las hipotecas de máximo, como el importe de la obligación es indeterminado hay que fijar un máximo, pero tal máximo cumple la misma función que «el importe de la obligación garantizada del artículo 12», porque es el importe máximo de «responsabilidad real o hipotecaria de la finca», respecto a lo cual es indife-

rente que se trate de partes o de terceros. Es a todos los efectos y no «a efectos meramente hipotecarios respecto de terceros» como dicen sin excepción las cláusulas de interés variable que circulan actualmente en la práctica. Y es que se olvida que la hipoteca de máximo se identifica con la hipoteca ordinaria precisamente en ese aspecto de la cuantía máxima, que cumple el mismo objetivo que la «cantidad garantizada» en el caso de hipoteca ordinaria. Al fijarse el máximo, lo que estaba indeterminado, se determina o precisa y se pone en paralelo con la hipoteca ordinaria. Por tanto, si en la hipoteca ordinaria nadie discute que la cifra de responsabilidad del capital hay que fijarla entre partes y para terceros sin distinción (insistimos en que el problema del artículo 114 es diferente y de él nos ocuparemos después), en la hipoteca de máximo la cuantía es también entre partes y para terceros.

*En los prototipos de hipotecas de máximo admitidos legalmente
no hay distinción entre partes y terceros*

El caso más típico es el de la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, a que se refiere el artículo 153 de la Ley Hipotecaria y que la jurisprudencia y la doctrina consideran como el modelo a tener en cuenta para las hipotecas de máximo. Dicho artículo exige que en la escritura de constitución de hipoteca se exprese «la cantidad máxima de que *responda la finca*». No dice que sea sólo a efectos de terceros. En la práctica, a nadie se le ha ocurrido decir que la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito exige un máximo sólo para terceros, ni conozco una sola escritura que se haya expresado de ese modo.

Esto también es muy claro en otra hipoteca de máximo, la del número 3.º del artículo 219 del Reglamento Hipotecario, es decir, la hipoteca en garantía de cláusulas de estabilización, de gran analogía con la hipoteca en garantía de cláusulas de interés variable, según se ha apuntado al principio. Pues bien, uno de los requisitos de las escrituras de hipoteca de esa clase es «que se fije una cantidad máxima de responsabilidad hipotecaria que no podrá exceder... del importe del principal más un 50 por 100 si el plazo del préstamo fuera superior a diez años o a un 25 por 100 en los demás casos». Obsérvese que se alude al máximo de «responsabilidad hipotecaria», es decir, por razón de la hipoteca, y no a efectos meramente de terceros. Por otra parte, se señalan unos máximos muy concretos, cuya finalidad es evitar que queden «al libre arbitrio contractual, que podría conducir a extremos improcedentes» (LA RICA), por lo que es clarísimo a través de esta finalidad, que la fijación del máximo es también entre partes.

En la hipoteca en garantía de moneda extranjera a que se refiere el número 1.º del artículo 219 del Reglamento Hipotecario ocurre lo mismo, pero hay aquí unas opiniones interesantes de LA RICA y ROCA SASTRE que conviene recalcar. Es sabido que ese precepto dispone que «el importe de la obligación asegurada con la hipoteca o la cantidad máxima de que responda la finca hipotecada podrá establecerse en divisas extranjeras», pero «señalando la equivalencia de las monedas extranjeras en signo monetario de curso legal en España». Ahora nos interesa la referencia al máximo en este precepto. Pues bien, LA RICA, en sus *Comentarios al Reglamento Hipotecario de 1947* (pág. 218) sostiene que la fijación de ese máximo «ha de surtir efecto *inter partes* y *erga omnes*, de modo que ha de regir incluso respecto del deudor hipotecante».

Por su parte, ROCA SASTRE dice lo siguiente: «Nosotros entendemos que dicha equivalencia en pesetas ha de actuar en todo cuanto entre en consideración el derecho real de hipoteca y no en lo estrictamente creditual. Al débito personal no le afectará aquella fijación de equivalencia, por operar ésta exclusivamente en orden al gravamen hipotecario. Tal fijación es un ingrediente constitutivo de la hipoteca por débito en divisa extranjera, pero no trasciende de esto. Así, en ella, su valor a efectos de terceros será el reflejado registralmente en pesetas, pero lo mismo sucederá aunque la hipoteca vaya a la ejecución encontrándose aún la finca hipotecada en poder del deudor personal, pues entonces el acreedor ejercita la acción real hipotecaria; en cambio, si prescindiendo de la hipoteca procede por acción personal, la referida fijación de equivalencia podría no entrar en juego» (6.ª edición, tomo IV-2.º, pág. 642).

Por tanto, es claro que a efectos de la hipoteca, no cabe distinguir entre partes y terceros.

La fijación de un máximo sin distinguir partes y terceros lo impone el concepto mismo de derecho real

No es por casualidad por lo que el artículo 12 de la Ley Hipotecaria exige la determinación de cantidad sin distinguir partes y terceros, y que en los prototipos de hipotecas de máximo se prescinda igualmente de esa distinción entre partes y terceros. Es porque la esencia misma del derecho real, como concepto contrapuesto al de obligación, impone prescindir de esa diferenciación.

Ante todo, una de las diferencias que apunta la doctrina, entre derechos reales y personales, es que en estos últimos existe un sujeto pasivo determinado, y en cambio, en los primeros no existe tal sujeto pasivo determinado, pudiendo hablarse únicamente del «llamado sujeto pasivo uni-

versal», es decir, toda la colectividad. Por tanto, no cabe hacer la distinción entre partes y terceros en los derechos reales, porque si se hiciera se involucraría su concepto con el de los derechos personales, que responde a distinta normativa. Se podrá decir que a efectos del contrato de préstamo, el sujeto pasivo es la *parte* prestataria, pero a efectos de la *hipoteca* en garantía de ese préstamo, el sujeto pasivo es indeterminado, es cualquiera que sea propietario de la finca.

Veamos algunos ejemplos de derechos reales distintos de la hipoteca, en que no se plantea ninguna cuestión por parte de la doctrina, a este propósito. Así en las servidumbres. La Dirección General de los Registros y del Notariado ha venido reiterando que cabe la configuración de nuevas servidumbres, pero siempre que se precise su contenido (teoría del *numerus apertus* con restricciones). Pues bien, ¿a quién se le ocurriría decir que cabe la inscripción de una servidumbre, en cuya constitución se dijera, por ejemplo, que se impone la prohibición de edificar a menos de cinco metros, pero que entre las partes, la prohibición es indefinida o tiene una distancia diferente? Y es que, en esencia, no cabe que una cosa sea blanca y negra al mismo tiempo. O se pacta un derecho personal o un derecho real. Si es esto último, es con todas sus consecuencias, es decir, eficacia *erga omnes* (sujeto pasivo universal) sin distinguir partes y terceros.

Otro ejemplo: el del derecho de vuelo. En la constitución de un derecho real de vuelo se exige que se exprese el número de plantas que pueden construirse por elevación. Pues bien, ¿y si se dijera que respecto a terceros se limita a tres plantas, pero entre las partes es dos o indefinido? No sería tampoco inscribible, porque va contra la esencia del derecho real, al que no cabe yuxtaponerle una característica parcial del derecho personal. El derecho real es lo que es —sin distinción entre partes y terceros—, y precisamente por eso afecta por igual a todo el mundo (sujeto pasivo universal).

En la hipoteca es indiferente, la distinción entre partes y terceros, como regla general

Si la hipoteca es un derecho real debe tener esas mismas características del derecho real, que le hacen indiferente entre partes o para terceros. Y así es, según el artículo 104 de la Ley Hipotecaria, reiterado por el artículo 1.876 del Código Civil. Según ambos preceptos, «la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, *cualquiera que sea su poseedor*, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida». La expresión «cualquiera que sea su poseedor»

significa que la hipoteca tiene la nota de absolutividad o eficacia *erga omnes*, pero además, que es totalmente indiferente para ella la distinción entre partes y terceros, porque no hay un sujeto pasivo determinado («cualquiera»). Por tanto, una hipoteca, como la de la cláusula de interés variable, que sujetara los bienes al cumplimiento de la obligación distinguiendo una eficacia entre partes y otra respecto a terceros, va contra el artículo 104 de la Ley Hipotecaria, que impone la sujeción de la finca al cumplimiento de la obligación asegurada con la hipoteca, «cualquiera que sea su poseedor», es decir sin distinguir quién sea en cada momento el dueño de la finca. No se trata de apoyarse en una mera literalidad de expresión, pues, como hemos visto responde a la teoría del derecho real desde la perspectiva del sujeto pasivo universal.

Por otra parte, se explica ahora también que el artículo 12 exija que se exprese el importe de la obligación asegurada sin distinguir partes y terceros, y ello porque en el derecho real, como decía SÁNCHEZ ROMÁN, no hay dos sujetos concretos de la relación jurídica, a diferencia del derecho personal, sino un sólo sujeto (el titular) cuyo poder se extiende directamente sobre el objeto (la finca). Lo que interesa, a efectos del derecho real de hipoteca y del ejercicio de las acciones reales derivadas de la misma, es la responsabilidad de la finca, no la responsabilidad concreta de sus titulares, pues esto otro es un aspecto de derecho personal, que es totalmente ajeno al Registro de la Propiedad.

Los casos en que la Ley Hipotecaria distingue entre partes y terceros (arts. 114 y 120) suponen una excepción a la regla general que se acaba de indicar, es decir, suponen una excepción al concepto y esencia del derecho real, y por eso, no se pueden interpretar extensivamente y su especialidad será explicada después.

El principio hipotecario de especialidad o determinación impone no distinguir entre partes y terceros, a efectos hipotecarios

El poder inmediato y directo que el derecho real supone sobre una finca implica la necesidad de que todos los aspectos del mismo queden perfectamente determinados. Se suele justificar diciendo que de este modo los terceros que contraten sobre la finca podrán tener conocimiento claro y completo de sus características. Pero esto no significa que los datos registrales se expresen sólo con vistas a los terceros. La explicación tradicional de la Ley Hipotecaria como «ley de terceros» está hoy superada, siendo únicamente una mera forma de abreviar o de simplificar la esencia del Registro. Pero eso no significa que para las partes no tenga que existir la misma precisión o determinación. Precisamente los terceros pue-

den conocer esos datos porque entre las partes que pactaron y constituyeron el derecho real, éste quedó perfectamente definido.

Además, en todo caso, el principio de especialidad debe ser completado por el de legitimación (que se aplica a partes y terceros) y por los casos de inscripción constitutiva (entre ellos, el derecho real de hipoteca), en que el derecho real no nace ni siquiera entre partes si no es a través de la inscripción.

Todos los autores, que empiezan explicando el principio de determinación por la necesidad de dar a conocer a los terceros con claridad los datos del Registro (seguridad del tráfico jurídico inmobiliario), reconocen que ese principio se aplica tanto a las partes como respecto a los terceros. Los terceros conocerán mejor esos datos, pero es en el mismo sentido que han sido perfilados entre partes. Las partes crean un derecho real, pero según se ha dicho antes, éste nace sin sujeto pasivo determinado.

Basta repasar cualquier tratado de Derecho hipotecario para comprobar que los requisitos derivados del principio de especialidad se aplican tanto entre partes como respecto a terceros. Así, por ejemplo, ROCA SASTRE dice que el principio de especialidad se manifiesta tanto respecto a la finca como al derecho real. En cuanto a la finca funciona a base de concentrar el historial jurídico de la misma, abriendo a cada una un folio o registro particular. Pues bien, aunque esto se hace para que los terceros conozcan mejor el historial de la misma, a nadie se le ha ocurrido pensar que podría utilizarse, entre partes, el antiguo sistema de inscribir en un mismo folio todas las fincas de un documento, y luego cuando pasara a tercero, abrir el folio real. Es un problema indivisible. En cuanto al derecho real —continúa ROCA SASTRE— el mismo debe constar en el Registro con determinación de su naturaleza jurídica, extensión, cargas y limitaciones, así como el titular del mismo, designándole por su denominación y circunstancias. Pues bien, todo esto es entre partes y para terceros, sin que, pienso yo, pueda decirse, por ejemplo, que los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento (circunstancias de la inscripción) se aplican sólo respecto a terceros y no entre partes. Y si esto hay que entenderlo respecto al artículo 9, lo mismo hay que decir del artículo 12, que responde a la misma idea de expresar las circunstancias del derecho, que el artículo 9, e incluso, *a fortiori*, pues la inscripción de hipoteca es constitutiva, según se sabe.

SANZ FERNÁNDEZ expone también el principio de especialidad con gran amplitud, referido a la determinación de los derechos reales (aspecto sustantivo) y a la expresión registral de los derechos. En cuanto al primer aspecto, distingue el sujeto, el objeto y el derecho mismo, y en los tres casos se refiere a la necesidad de determinación exacta de cada

uno de ellos. Pues bien, esos requisitos se aplican a las partes y a los terceros, sin distinguir. Por lo que se refiere a la expresión registral de los derechos, alude a la organización del Registro sobre una base adecuada, o sea la finca y el folio real, y además, la necesidad de uniformidad y precisión de la forma de los asientos de modo que expresen con absoluta claridad los derechos inscritos. Este otro aspecto también se aplica a las partes y a los terceros.

En el principio de determinación no hay pues, distinción entre partes y terceros. Lo que ocurre es que la fundamentación última está en la necesidad de que todos los que contraten sobre la finca (terceros) se apoyen en situaciones claras y precisas, pero estas situaciones claras las ha de ofrecer el asiento en que consta el derecho real constituido por las partes. En el derecho real, y en el principio de especialidad, es indivisible la cuestión de las partes y de los terceros, aunque la finalidad última de la Ley Hipotecaria sea la de «ley de terceros».

Por eso, las referencias a terceros que se contienen en algunas resoluciones en nada afectan a la necesidad de que el derecho real quede ya determinado desde el principio entre las propias partes. Es como si se quisiera decir: como el derecho real trasciende a terceros, a diferencia del derecho personal, se impone precisar mejor sus elementos y caracteres. Pero, es sobre la base de que esos elementos y caracteres son los del derecho real tal como ha surgido y no unos diferentes para esos terceros.

Así, las Resoluciones de 3 y 4 de marzo de 1952, precedentes del actual número 3.º del artículo 219 del Reglamento Hipotecario (cláusula de estabilización) entendieron que la cláusula valor-oro «no se ajusta a lo dispuesto en los artículos 12 de la Ley Hipotecaria y 219 de su Reglamento, por *no determinar* de manera exacta la *responsabilidad real*, que interesa en general a cuantos terceros adquirentes se apoyen en el Registro, por lo que es necesario evitar ambigüedades para corresponder al principio fundamental de especialidad, defecto que habría podido subsanarse al señalar un máximo de responsabilidad y constituir una hipoteca de seguridad».

Obsérvese que se habla del artículo 12 de la Ley Hipotecaria (que no distingue partes y terceros) y de la responsabilidad real (la del artículo 104 de la Ley Hipotecaria). Lo que ocurre es que esos terceros son esos «cualesquiera poseedores» del citado artículo 104, es decir, está en consonancia con el concepto de derecho real y de responsabilidad real que afectan por igual a partes y terceros.

Esa misma explicación hay que dar a la referencia a los terceros por parte de la Resolución de 12 de septiembre de 1972, según hemos visto anteriormente.

La cláusula de interés variable implica hipoteca de máximo, aunque la hipoteca en garantía del capital sea ordinaria

En nada afecta a lo que se ha dicho a propósito del carácter de hipoteca de máximo que tiene la hipoteca en garantía de cláusula de interés variable, el hecho de que los intereses sean accesorios del capital, y en relación con éste la hipoteca no sea de máximo, sino ordinaria.

Aunque, a efectos de la unidad del conjunto de obligaciones garantizadas pueda y deba hablarse de una sola hipoteca, profundizando en su naturaleza jurídica, hay que interpretar que lo es en garantía de obligaciones de naturaleza diferente, como son la obligación de devolver el principal, la obligación de devolver unos intereses variables y la obligación de pago de costas. Pues bien, en el fondo, la hipoteca es el resultado de la superposición de tres hipotecas diferentes: la hipoteca en garantía del principal, que es ordinaria o de tráfico; la hipoteca en garantía de intereses, que si no lleva cláusula de variabilidad es también ordinaria, pero si la incluye, es de máximo; y la hipoteca en garantía de costas, que también es de máximo, según ha reconocido la Dirección General, pero cuyo fundamento y efectos es totalmente distinto de la hipoteca en garantía de interés variable, dadas sus implicaciones procesales.

Por tanto, no hay ningún contrasentido en deslindar esas diferentes modalidades de hipoteca dentro de la hipoteca global. El propio legislador admite esa convivencia, como ocurre precisamente en las hipotecas en garantía de cláusulas de estabilización, pues resulta que en garantía del principal del préstamo, es de máximo, según se ha visto, y en cambio, la que garantiza los intereses, no lo es, pues la cláusula de estabilización no puede pactarse respecto a los intereses según el artículo 219-3.º. Es el ejemplo a la inversa del caso que se está estudiando, pero que sirve perfectamente para comprobar esa posible convivencia de hipotecas de distinta clase dentro de la hipoteca global.

El tope máximo no debería ser fijado discrecionalmente, sino por referencia a los topes del artículo 219-3.º del Reglamento Hipotecario a fortiori o por analogía

Las mismas razones que impulsaron al legislador a establecer el tope del 50 por 100 del capital en las hipotecas con cláusula de estabilización (de duración superior a diez años), imponen no superar tampoco ese tope en el supuesto de cláusula de interés variable. Ya sabemos que el artículo 219-3.º está pidiendo que se suban los topes, pero no que se

supriman, y mientras no se modifique el precepto, está vigente. Pues bien, dadas las posibles implicaciones entre cláusula de estabilización y cláusula de interés variable, que se han apuntado al principio, sería absurdo que lo que no está permitido «vía estabilización» estuviera permitido «vía interés variable», pues ésta es una figura nueva que, aunque no está prohibida, en ningún caso podría servir para conseguir algo que está prohibido «vía estabilización». Por ello, habría base para entender que en las escrituras de hipoteca con cláusula de interés variable, una vez fijado el tope máximo de responsabilidad real del tipo de interés, habría que añadir la siguiente frase: «en ningún caso, las cantidades a cobrar por aumento de interés (no por el interés, sino por el aumento de él) en todo el tiempo del contrato, podrán exceder del 50 por 100 del principal del préstamo» (suponiendo que el plazo exceda de diez años, conforme al artículo 219-3.º, pues en otro caso, sería el 25 por 100).

Desde esta perspectiva, no se fija un tope máximo al porcentaje de interés, sino a la cantidad total resultante de aplicar el aumento durante todo el contrato de préstamo.

Ahora bien, cabe una segunda solución a la hora de señalar el tope máximo de responsabilidad real por interés variable, y es entender que no *a fortiori*, sino por analogía con el artículo 219-3.º, podría establecerse como tope máximo de porcentaje de interés un 50 por 100 más del interés pactado inicialmente. Desde esta perspectiva, podría decirse que el artículo 219-3.º del Reglamento Hipotecario se refiere a un distinto supuesto por ser diferente la cláusula de estabilización que la cláusula de interés variable, y por ello, no cabe su aplicación directa en la forma antes señalada, sino que lo único que cabe es su aplicación analógica, a base de fijar un máximo del 50 por 100 más del tipo de interés inicial. Es decir, si en las cláusulas de estabilización del capital se fija un tope máximo de un 50 por 100 más del capital inicial, en las cláusulas de interés variable, ha de fijarse, por analogía, un tope máximo de porcentaje de interés, del 50 por 100 más del tipo inicial.

Desde la primera perspectiva, se haría aplicación directa y *a fortiori* del supuesto de cláusula de estabilización al de la cláusula de interés variable.

Desde la segunda perspectiva, se haría simplemente una aplicación analógica del precepto.

Para poder inscribir la referencia al procedimiento judicial sumario es necesario pactar la forma de acreditar el interés variable

O dicho más claramente: es necesario prever en la escritura la forma en que se acreditará en su día la cuantía líquida y concreta del interés.

Argumentos: 1.º el artículo 131-2.^a de la Ley Hipotecaria se refiere a la *cantidad exacta* que por todos los conceptos sea objeto de reclamación; 2.º la configuración de la cláusula de interés variable como hipoteca de máximo lleva a ese resultado. El artículo 153 de la Ley Hipotecaria se refiere a los procedimientos para acreditar el saldo de la cuenta corriente y alude al documento «que acredite el importe líquido de la cantidad adeudada». Dada la necesidad de un criterio objetivo, mejor es acudir al artículo 219-3.º del Reglamento, que se refiere a los «documentos oficiales» para acreditar la estabilización. En el presente caso de interés variable, se trataría de «los documentos que acrediten la variación del interés y su fijación exacta». Claro que también podría decirse que no es necesario pactar nada sobre este extremo en la escritura de constitución de hipoteca y que lo importante es acompañar en su día los documentos acreditativos. Pero tratándose de una figura de nueva creación debe perfilarse anticipadamente este extremo tan fundamental.

Estos documentos para acreditar el interés habría que estudiar en cada caso concreto cuáles son los procedentes, pues depende del tipo de interés de referencia que se pacte en las escrituras. En general, podrían estimarse suficientes, bien el certificado del Consejo Superior Bancario, el de Confederación de Cajas de Ahorro, el del Banco de España, e incluso, respecto al preferencial de otra entidad, el certificado de ésta.

En cualquier caso, hay que advertir, en relación con las escrituras de hipoteca que circulan actualmente en la práctica, que al no pactar normalmente el sistema de acreditar el interés en el momento de la ejecución, no cabría tampoco inscribir esa alusión que siempre se hace a la utilización del procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria. Se trata, en definitiva, de un aspecto más que demuestra que la redacción de las actuales escrituras no es todo lo precisa que sería de desear.

El máximo también lo impone la aleatoriedad e incertidumbre del acto de interés variable

Aunque hasta ahora he tratado de precisar el requisito del máximo respecto al derecho real de hipoteca, dejando la cuestión del crédito a la decisión de las partes y al margen totalmente del Registro, quiero ahora referirme a este aspecto del crédito para decir que, incluso respecto a él, hay base para exigir la fijación de un máximo entre partes. Esto ya es más discutible y de ello se ha ocupado a fondo MARÍA PURIFICACIÓN GARCÍA HERGUEDAS, entendiendo que en todo contrato aleatorio, y lo es la cláusula de interés variable, se impone limitar el posible riesgo. En definitiva podría analizarse a fondo la naturaleza jurídica de

la cláusula de interés variable, para llegar a la conclusión de que se trata de un *contrato aleatorio atípico*. El «aleas» determinará si la variación es el alza o la baja, y qué cuantía del alza en su caso. Pero para evitar situaciones imprevisibles de indefensión y cláusulas exorbitantes en sus resultados, se impone marcar el máximo de responsabilidad. La cláusula sigue siendo de interés variable, sin que se desvirtúe su naturaleza, pues el Derecho civil lo que exigiría sería poner un tope a la variabilidad. Obsérvese la enemiga de la doctrina y de la jurisprudencia, por lo menos cierto sector, hacia los contratos aleatorios atípicos. Si se admiten hay que entender que por crearse en base a la autonomía de la voluntad, su admisión ha de hacerse con cuidado marcando bien todos sus perfiles. Si la situación llega a ser exorbitante, peligraría la causa del contrato y la equivalencia típica de todo contrato conmutativo, una de cuyas clases es el contrato aleatorio. Obsérvese también que el prototipo de contrato de seguro, que es definido en la ley de 8 de octubre de 1980, refiriendo la obligación de indemnizar «dentro de los límites pactados».

El máximo entre partes también lo impone la reciprocidad de riesgos en las prestaciones

Aun para quien no admitiera nada de lo que se ha dicho anteriormente a propósito de la hipoteca de máximo, la naturaleza misma de la cláusula de interés *variable* (y no de elevación sólo) impone por lógica jurídica la necesidad de señalar un máximo entre partes. Se reconocerá al menos que habría que fijar el máximo del 100 por 100 de aumento posible del tipo de interés, pues en otro caso, resultaría el siguiente contrasentido jurídico: el prestatario tendría la posibilidad de que el tipo de interés podría descender en su favor (es cláusula de variación y no de aumento, según se ha dicho), pero no más abajo de cero, pues en los intereses no hay negativos, al ser una prestación positiva. En cambio, para el prestamista podrían subir sin límite, indefinida y angustiosamente. Pero si para el prestatario no puede bajar más allá del 100 por 100 (o sea, quedarse en cero), para el prestamista no puede ser nunca superior a un 100 por 100. Naturalmente esto para quien parta únicamente de una lógica jurídica de la cláusula, sin entrar en el estudio de todos los preceptos y argumentos antes vistos. Al menos tendría que aceptar esa equivalencia de riesgos al alza y a la baja. Lo que ocurre es que, si se admite esto, ya se comprende, también por lógica jurídica y lógica económica, que el descenso de interés nunca va a quedar en cero, siendo dudoso que baje incluso y mucho más dudoso que pueda bajar más de un 50 por 100. Entonces, ¿por qué no se acepta el tope

de subida del 50 por 100, que hemos visto deriva de la aplicación analógica de preceptos legales? Pero ahora estamos ante la pura lógica del hombre de la calle, y ésta nos dice también que debe fijarse un tope máximo entre partes, para evitar el contrasentido de que una de las partes tenga un tope de riesgo y la otra parte, no.

El artículo 114 de la Ley Hipotecaria se refiere a un caso totalmente distinto y excepcional, lo que impide pueda ser aplicado por analogía al caso de la cláusula de interés variable

Reconozco que existe la tentación consciente o inconsciente de asimilar el caso de la cláusula de interés variable al de las anualidades del artículo 114, al objeto de limitar el máximo sólo respecto a tercero y no en cuanto a las partes.

El caso del artículo 114 es totalmente distinto del de la cláusula de interés variable. ¿Es que puede aplicarse, por analogía a nuestro caso, diciendo que si en las anualidades existe un límite para tercero, en la variabilidad del interés debe darse el máximo sólo para tercero? No se ve qué analogía, qué parecido puede haber entre la cuestión de las anualidades del artículo 114 y la hipoteca de máximo en la cláusula de interés variable.

Efectivamente, en el artículo 114 hay un problema de *tiempo*, de *anualidades*; en la cláusula de interés variable hay un problema de indeterminación de *cuantía*. En el artículo 114 no hay ninguna indeterminación de cuantía, ni siquiera para las partes. La cuantía está perfectamente determinada con sólo hacer una operación aritmética. Se cumple perfectamente el artículo 12 de la Ley Hipotecaria, pues «la inscripción expresa el importe de los intereses estipulados», y no hay ninguna incertidumbre ni imprecisión ni siquiera entre partes. Así las partes saben perfectamente cuál es el máximo o tope de responsabilidad por intereses, pues si el tipo es, por ejemplo, el 17 por 100, el capital 1.000.000 de pesetas y el plazo de devolución del préstamo diez años, la cuantía de responsabilidad por intereses para las partes es de 1.700.000 pesetas por los diez años, más, naturalmente, los intereses que corran una vez vencido el plazo sin que se haga la devolución. Por tanto, no hay indeterminación ni incertidumbre de cuantía entre las partes, pues todo queda perfectamente claro, a diferencia de lo que se pretende con esa distinción entre partes y terceros en la cláusula de interés variable. Precisamente, lo que pretendo que se haga en la cláusula de interés variable es que quede claro de cuánto responde el prestatario por interés variable y no que quede indeterminada la cantidad, sin señalar tope de responsabilidad.

El supuesto de distribución de responsabilidad hipotecaria entre varias fincas es también excepcional y nada tiene que ver con la cláusula de interés variable

El artículo 119 de la Ley Hipotecaria exige que se distribuya la responsabilidad hipotecaria entre cada finca cuando se hipotecan varias fincas a la vez en garantía de un solo crédito. Esta responsabilidad es con respecto a tercero según el artículo 120, pues entre partes se aplica el artículo 121, según el cual «si la hipoteca no alcanzare a cubrir la totalidad del crédito, puede el acreedor repetir por la diferencia contra las demás fincas hipotecas que conserve el deudor en su poder, pero sin prelación en cuanto a dicha diferencia sobre los que después de inscrita la hipoteca hayan adquirido algún derecho real en las mismas fincas».

Aquí también estamos ante un supuesto excepcional, que no es trasladable tampoco a la cláusula de interés variable.

La necesidad de distribución de responsabilidad entre cada finca se hace para fomentar el crédito territorial, pero desde un punto de vista técnico constituye una *excepción* a las notas de la hipoteca. En primer lugar es una excepción a la nota de *indivisibilidad* del derecho real de hipoteca que marca el artículo 1.860 del Código Civil al decir: «La prenda y la hipoteca son indivisibles aunque la deuda se divida entre los causahabientes del deudor o del acreedor». El párrafo tercero del propio artículo 1.860 dice: «Se *exceptúa* de estas disposiciones el caso en que, siendo varias las cosas dadas en hipoteca o en prenda, cada una de ellas garantice solamente una porción determinada del crédito». Este párrafo *excepcional* —el Código dice: *se exceptúa*— hay que ponerlo en relación con la citada normativa de la legislación hipotecaria. La excepción se explica atendiendo al fomento del crédito territorial, al principio de que el Registro de la Propiedad se lleva por fincas y a la idea de excluir la solidaridad. Pero como el concepto o característica de indivisibilidad de la hipoteca tiene su fuerza, se ha llegado en la regulación del supuesto a una vía media: para las partes la hipoteca es indivisible, pero para los terceros es necesaria la distribución o división de responsabilidad. Por otra parte, hay que tener en cuenta que desde el punto de vista conceptual se trata de una sola hipoteca y de un solo contrato, aunque comprenda varias fincas. La solución a la encrucijada de problemas que se presentan es precisamente hacer esa distinción entre partes y terceros.

Ahora bien, un precepto excepcional no puede ser objeto de interpretación extensiva. Y un precepto que tiene su propia *ratio* explicativa no puede tampoco trasladarse analógicamente a una cuestión como la de la cláusula de interés variable, que nada tiene que ver con aquel precep-

to y que nadie ha dicho que tenga que ver, pero que yo expongo aquí para dejar claro que la distinción entre partes y terceros sólo la puede utilizar el legislador en materia de hipotecas en supuestos muy excepcionales en que la conflictividad de principios se pone a prueba y se pretende dar una salida intermedia a la situación, nada de lo cual se da en la hipoteca de máximo que representa la cláusula de interés variable.

Aun prescindiendo de todo lo dicho anteriormente, la frase «a efectos meramente hipotecarios respecto de terceros», con referencia a la fijación de un máximo, es insostenible

Las actuales escrituras de hipoteca recogen sin excepción esa frase un tanto extraña, que supone la diferenciación entre partes y terceros en un problema que es insoluble, como es el de la hipoteca de máximo.

Y es que, aunque no se admita nada de lo dicho anteriormente, se reconocerá que es una frase totalmente improcedente a efectos del Registro.

Por de pronto extraña, como dice mi compañero FRANCISCO PÉREZ DE LA CRUZ, la palabra «meramente», como si fuera algo sin importancia y como si lo que se pretendiera es que, fuera de esa excepcionalidad, debería imperar la ausencia de tope. Pero a efectos meramente semánticos, no cuadra bien inscribir una hipoteca en el Registro diciendo que el máximo es «a efectos meramente hipotecarios», pues lo «hipotecario» para la hipoteca es «todo», no «lo meramente». La inscripción de hipoteca es constitutiva, por lo que fuera del mundo registral no hay nada, y para ello el mundo registral lo es todo.

Por otra parte hay que criticar la alusión a tercero en la redacción de las cláusulas al uso. ¿Qué tercero es ése al que quiere referirse la cláusula? La Ley Hipotecaria se puede permitir el lujo de utilizar la palabra «tercero» porque es la propia Ley, aunque luego resulte que hay libros y libros, artículos y artículos, preceptos y preceptos que interminablemente estudian el concepto de tercero y sus diferentes clases, así como las múltiples teorías sobre su concepto. Lo que quiero recalcar con esto es la pregunta antes señalada: ¿Qué terceros son éstos a los que se refiere la cláusula? ¿Los terceros del artículo 34? ¿Los terceros del artículo 32? ¿El tercer poseedor de finca hipotecada que deja de ser tercero cuando asume la obligación garantizada con la hipoteca? ¿El tercero del artículo 114? ¿Pero cuál es el tercero del artículo 114, que también se discute en la doctrina, y que, como he dicho antes, es un precepto excepcional dentro del sistema? ¿Los posibles cesionarios o subhipotecarios del crédito hipotecario constituido? ¿Cualquier acreedor común o privi-

legiado que forme parte de la masa acreedora en una posible situación de concurso, quiebra o suspensión de pagos?

En definitiva, aun para quien no vea en la cláusula de interés variable una hipoteca de máximo, sin posibilidad de distinguir entre partes y terceros, reconocerá que esa referencia al tercero en un pacto supone una imprecisión absoluta.

Normalmente las entidades de crédito piensan en los terceros adquirentes de la finca hipotecada. Ahora bien, ni esto se dice expresamente ni debe ser así, pues entonces quedan olvidados toda esa otra gama de terceros. Obsérvese que muchos de esos terceros (los terceros civiles) no tienen por qué ser diferenciados de las partes. Recuérdese una vez más el caso de concurso, quiebra o suspensión de pagos.

Además, en la práctica los terceros adquirentes se suelen subrogar en la responsabilidad hipotecaria y en la obligación personal garantizada, con lo que desde ese momento dejarían de ser terceros y ya no existiría tope para ellos. Es más, en algunas cláusulas de escrituras de hipoteca se pretende facilitar la asunción personal automática de la deuda por parte del tercer adquirente, con lo que en el fondo se llega a una situación de inexistencia de máximo, pues si lo que se pretendía era poner el tope en beneficio de esos terceros (adquirentes) y se fomenta la desaparición de éstos (al facilitarse y regularse la asunción automática de la deuda), ya se me dirá en qué queda el tope máximo.

Por eso, prescindiendo de lo anterior, hay base para excluir la diferenciación entre partes y terceros por razones prácticas.

Pero hay más. Las entidades crediticias pueden emitir en el futuro, y así lo vienen haciendo, cédulas, bonos y participaciones hipotecarias, que están garantizadas, como se sabe, por el monto total de los activos hipotecarios de la entidad. Ahora bien, ¿cuál es la cuantía de esos activos respecto al interés variable si no se precisa su tope máximo? Por tanto, a efectos del mercado secundario de hipotecas, también conviene quede precisado el montante de responsabilidad hipotecaria.

Una fórmula concreta para denegar la inscripción de esa frase podría ser más o menos así: «Denegada la inscripción... porque —aparte de las otras razones ya señaladas— la frase «a efectos meramente hipotecarios respecto de terceros» es confusa e improcedente, pues, a efectos de la responsabilidad hipotecaria a que se refiere el pacto de constitución de hipoteca, no cabe, respecto a la cuantía máxima de porcentaje, diferenciar entre partes y terceros, al tratarse de hipoteca de máximo. Además, no se sabe exactamente a qué terceros quiere referirse. Tendrían que ser los terceros «en general», incluidos los acreedores comunes, pues el crédito singularmente privilegiado que implica la hipoteca sólo les pue-

de afectar en cuantía determinada; pero si se consigna en el Registro de la Propiedad podría parecer que sólo se refiere a terceros registrales, y esto no es adecuado».

Dificultades de la distinción entre partes y terceros en el procedimiento de ejecución hipotecaria

Razones prácticas y técnicas de la mecánica procesal imponen también evitar la distinción entre partes y terceros a propósito del ejercicio de la acción real hipotecaria. Supóngase que se ejercita el procedimiento judicial sumario y que se pretende una cantidad por encima del tope máximo por dirigirse la acción contra la parte prestataria. Imaginemos que existen titulares de hipotecas posteriores o anotaciones de embargo también posteriores antes o después de la nota marginal de expedición de certificación de cargas de la regla 4.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. ¿Cómo se articula procesalmente la distinción entre partes y terceros? Sería totalmente improcedente que no se consignara en el Juzgado la cantidad correspondiente al exceso del máximo antes de hacerse pago al acreedor. Pero, ¿cómo se sabe si existen o no esos terceros si pueden aparecer en el momento final? Si se les obliga a comparecer en el juicio, entonces habrá una contradicción entre lo que resulta del Registro (sólo les puede afectar la hipoteca hasta el máximo aunque se muestren pasivos) y lo que pretendería hacer en el proceso (que se cancelaran sus inscripciones sin reservarles la cantidad sobrante, una vez pagado el acreedor hasta el máximo).

Una última carta: la proyectada reforma del Reglamento Hipotecario

El jurista debe hacer caso omiso de «proyectadas reformas», pues ha de atenerse a la legalidad vigente. Pero cuando hablo de esa «proyectada reforma» no quiero utilizarla como argumento de Derecho positivo, pues eso sería totalmente improcedente y contrario al sistema de fuentes. Lo que pretendo es aludir a una especie de «doctrina de los autores», y ello a título meramente informativo, sin ninguna pretensión de reforzar argumentos, pues éstos ya han sido expuestos, sino únicamente para que se compruebe que no estoy solo en esta cuestión de la hipoteca de máximo, sin distinguir entre partes y terceros. Hay una serie de Registradores que apoyan en la práctica esta configuración de la cláusula de interés variable a través de la hipoteca de máximo (así FRANCISCO PÉREZ DE LA CRUZ, JORGE SALAZAR, FÉLIX MARTÍNEZ CIMIANO, MARÍA PURIFICACIÓN GARCÍA HERGUEDAS, JOSÉ ANTONIO MIQUEL). Pero es que, además, en esa proyectada reforma del Reglamento Hipotecario, y esto es muy re-

ciente, intervinieron muchos Registradores y muy cualificados, pues fueron los que estudiaron en el trámite final el problema. Como se sabe, esa proyectada reforma estuvo a punto de publicarse cuando se publicó el primer paquete de la reforma el 12 de noviembre de 1982, habiendo quedado su publicación para un momento ulterior.

Pues bien, tengo en mis manos el proyecto de reforma, en que se trataba de regular la cláusula de interés variable. Su artículo 219 bis, en el párrafo primero, decía: «En las hipotecas constituidas por Bancos, Cajas de Ahorro y otros establecimientos de crédito autorizados será inscribible el pacto por el que se establezca la posibilidad de variación del interés garantizado hipotecariamente con arreglo al que se fije por disposición oficial para esta clase de operaciones o a la variación que experimente el fijado como básico por el Banco de España, siempre que se determine que la variación no podrá exceder, en más ni en menos, del 50 por 100 del interés inicialmente pactado».

No quiero referirme ahora a los criterios objetivos que se preveían para la variación, pues de esto ya me he ocupado anteriormente, y creo que no hay que ser tan restrictivo como el texto del proyecto; ni quiero comentar esa referencia al «menos», que creo es improcedente; quiero recalcar la alusión al tope del 50 por 100 del interés inicialmente pactado, que se hace sin distinguir entre partes y terceros, como un tope necesario a todos los efectos. Obsérvese que el precepto es el 219 bis, y por tanto va a continuación del 219, que se refiere a la hipoteca en garantía de cláusula de estabilización, en que también se establecen unos máximos, sin distinguir entre partes y terceros. Ese proyecto, que no ha llegado a publicarse, pero que revela la opinión de una serie de Registradores (apoyo meramente doctrinal), partió de otro anteproyecto que realizaron los Registradores de Valencia, que también establecieron un tope, si bien del 30 por 100, que luego la Comisión del Colegio de Registradores elevó hasta el 50 por 100.

Por tanto, esta última carta la utilizo simplemente a efectos de demostrar que la opinión que aquí se mantiene a propósito del máximo sin distinción de partes y terceros no es sólo cosa mía, sino de un colectivo más o menos amplio de momento dentro del Cuerpo de Registradores.

VII. LA CLAUSULA DE INTERES VARIABLE Y LOS CONTRATOS DE ADHESION: NECESIDAD DE CLARIDAD, OBJETIVIDAD Y EQUIDAD EN LA REDACCION DE LA CLAUSULA

El tercer grupo de requisitos que ha de reunir la cláusula para ser inscribible en el Registro de la Propiedad, junto a los de objetividad del tipo de referencia y configuración como hipoteca de máximo, es el que

consiste en la necesidad de dar claridad y equidad a los términos concretos en que se redacte la cláusula.

Esto sí que lo impone el principio de especialidad o determinación y también la catalogación de la cláusula dentro de la figura de los contratos de adhesión en que han de eliminarse las condiciones oscuras y poco equitativas.

La calificación de contratos de adhesión por el Banco de España

La comparación o asimilación al contrato de adhesión no es mía, sino que es del propio Banco de España. Así, en el preámbulo de la Circular 13/1981, de 24 de febrero, del citado Banco de España se lee lo siguiente: «La Orden ministerial de 17 de enero de 1981, sobre liberalización de tipos de interés..., establece determinadas obligaciones de publicidad y transparencia, muy necesarias *dadas las características* del contrato de adhesión que revisten comúnmente las relaciones del público en general con dichas entidades».

Asimismo, el preámbulo de la Circular del mismo Banco y de la misma fecha, número 12 de 1981, con referencia específica a los préstamos y créditos a tipo variable, dice: «Son, en esta materia, de especial relevancia la especificación de los tipos de referencia a utilizar por las entidades y el diseño de unas cláusulas de rescisión de las operaciones en función de la alteración de los tipos y condiciones de los mercados que permitan a cualquiera de las partes una ordenada gestión financiera, *evitando al mismo tiempo actuaciones unilaterales lesivas para los intereses de la otra parte*».

En fin, en el preámbulo de la Orden del Ministerio de Economía de 17 de enero de 1981 se lee: «Por lo que respecta a otras operaciones activas y pasivos, es preciso establecer criterios para ordenar los créditos a tipo variable, ya aparecidos en el mercado, *con objeto de evitar posibles abusos*».

Por tanto, es el propio Banco de España el que alerta para evitar abusos y para imponer claridad, llevándonos a la figura de los contratos de adhesión.

Y esto enlaza directamente con la calificación registral, que debe tratar de excluir las cláusulas oscuras. Por una sola vez más, permítaseme volver al contrato *aleatorio* de seguro y a lo que dice el artículo 3.º de la Ley del Seguro Privado de 8 de octubre de 1980 acerca de las condiciones generales de los contratos: «Las condiciones generales, que *en ningún caso podrán tener carácter lesivo* para los asegurados, habrán de incluirse...». «Las condiciones generales y particulares *se redactarán de forma clara y precisa*. Se destacarán de modo especial las cláusulas limi-

tativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito».

Insiste en la necesidad de proceder con cautela y de imponer claridad en los contratos de adhesión FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO en su trabajo «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *Anuario de Derecho Civil*, año 1982, fascículo IV. Cita también este autor un dictamen de CLEMENTE DE DIEGO, con referencia a los principios generales y a la doctrina de la causa, sobre el problema de unas cláusulas de la cuenta corriente de efectos utilizadas entonces por algunos Bancos de Barcelona. Se debe tener en cuenta —dice— «la naturaleza del contrato, la justicia conmutativa y la debida protección a la parte débil» (DE CASTRO, pág. 1.065).

Como consecuencia de esta necesidad de claridad y equidad en la redacción de la cláusula se debe llamar la atención a propósito de una serie de problemas concretos, como son los de los tipos de referencia sustitutivos, las notificaciones al prestatario de las variaciones del interés, la llamada cláusula de rescisión, la necesidad de que el diferencial sea fijo y de que el tipo de referencia se calcule respecto a operaciones de plazo similar y de que se acredite no sólo en el momento de la ejecución, sino en el momento del contrato.

Todas estas cuestiones no se solucionan adecuadamente en la práctica actual en la redacción de las cláusulas de interés variable, lo cual las hace caer en este otro defecto de falta de claridad y equidad que la función calificadora del Registrador debe poner al descubierto para evitar que se inscriban en esas condiciones (calificación-control) y para conseguir que se redacten de una forma satisfactoria (calificación-creación).

De ellas nos ocupamos seguidamente, no sin antes hacer una breve referencia al carácter de las Circulares del Banco de España, en que se contienen algunas de dichas cuestiones.

*Las Circulares del Banco de España no constituyen Derecho civil
vigente para los prestatarios ni por tanto a efectos del contrato
y del Registro*

Aunque el Banco de España tiene una especie de delegación normativa del Ministerio de Economía en virtud de lo dispuesto en la Orden de 17 de enero de 1981 en su apartado VII, punto decimocuarto, sin embargo se trata de una normativa que no es vinculante para la parte prestataria ni tampoco tiene el carácter de Derecho civil, y en cualquier caso de ningún modo podría vulnerar la jerarquía de fuentes y la prevalencia de los preceptos antes estudiados.

En el punto decimocuarto de dicha Orden se dice: «Se faculta al Banco de España para dictar las normas precisas para el desarrollo y ejecución de la presente Orden, y en particular para: a) Determinar la forma en que se publicarán los tipos preferenciales mencionados en el número segundo, e inferiores y superiores mencionados en el número noveno, párrafo 4. b) Establecer los criterios a que se someterán los contratos de préstamos y créditos a tipo variable dentro de lo dispuesto en el número tercero».

Pero esto no puede llevar a la conclusión de que las Circulares 12 y 13 del Banco de España de 1981 constituyen «un verdadero apéndice legal de aquella Orden ministerial». Según CREMADES y JOSÉ RAMÓN PARADA VÁZQUEZ, «no puede entenderse que el incumplimiento en uno u otro aspecto de dichas Circulares por parte de los Bancos contratantes haya de implicar la ineficacia o nulidad de las operaciones celebradas en contradicción de tales disposiciones», y lo más que pueden aceptar los privatistas —añaden— «es justificar la imposición de sanciones para las entidades infractoras, pero nos resistimos, desde luego, a aceptar un efecto diferente como es el de la invalidez de las relaciones jurídicas contrarias a sus mandatos». Y terminan: «En definitiva, nos negamos a admitir la existencia de un derecho privado de origen administrativo o reglamentario que en absoluto cumple los requisitos propios del sistema de producción de normas jurídicas de nuestro sistema de derecho».

Pero es que hay que decir más a este propósito: 1.º Las Circulares no han sido publicadas en el *Boletín Oficial del Estado*, y por tanto no pueden obligar ni vincular de ninguna manera a la parte prestataria. 2.º El propósito de las Circulares es dar una serie de normas internas a las entidades prestamistas, no a los prestatarios, y por ello tales normas no pueden vulnerar las que constituyen una normativa aplicable a ambas partes contratantes y no a una sola.

Pero una vez dicho esto, ocurre que esas Circulares, al igual que ocurría con la «proyectada reforma del Reglamento Hipotecario», antes aludida, están llenas de buen sentido, pues tienen el propósito, también señalado, de dar algunas normas en estos contratos de adhesión en beneficio de la parte prestataria, y por tanto han de ser bien recibidas. Pero bien entendido, utilizando la frase conocida, que es «no por razón de su imperio, sino por imperio de su razón».

Quiero decir que hay buena parte aprovechable de esas Circulares para que sea recogida en las escrituras de préstamo hipotecario, a pesar de lo cual las entidades prestamistas no siempre lo hacen así en la práctica, lo que para ellas resulta imperdonable, pues precisamente son las destinatarias de esas Circulares. En cambio, sí hacen caso de esa alusión al tipo de interés preferencial de la entidad, que ni es muy clara su uti-

lización en la Circular 12 de 1981 (ya se ha dicho antes que contrasta con la referencia al criterio de objetividad que señala la propia Circular y además se enumera a modo de recomendación y en términos un tanto genéricos), ni puede decirse que sea conforme con los artículos 1.255 y 1.256 del Código Civil. Pero sobre esto ya hemos hablado bastante, y ahora hay que referirse a otros aspectos de la Circular, cuyo contenido es digno de crítica favorable, no porque lo diga la Circular, sino porque es conforme con el principio de especialidad y claridad y con la equidad que debe presidir el clausulado de todo contrato de adhesión.

Postura restrictiva respecto a los intereses de referencia

La ya citada Comisión de estudios del Seminario de Registradores de la Propiedad de Cataluña señalaba lo siguiente a este propósito:

«En términos generales, los Registradores de la Propiedad (de Cataluña) han venido advirtiendo cierta oscuridad en la presentación o redacción de la cláusula de interés variable, como consecuencia de su gran extensión, debido a la multiplicidad de intereses sustitutivos que se han previsto. Ello quita claridad». «Por tanto, una primera razón para descartar los intereses sustitutivos es la necesidad de claridad, clave de la prestación del consentimiento. Por un lado, eso es fundamental para las partes contratantes cuando se les lee por el Notario la escritura, pues si no la entienden bien puede producirse vicio del consentimiento y aplicación del artículo 1.288 del Código Civil. Por otra parte, necesidad de claridad para los terceros que consulten el Registro».

Como muestra de lo farragoso y complicado que es para la parte prestataria todo esto de los intereses sustitutivos, expongo a continuación la redacción de una cláusula de una entidad prestamista. A la ya de por sí extensa cláusula de interés variable se le añade este apartado:

«c) Tipos de interés de referencia sustitutivos.—Si por cualquier causa la entidad y los Bancos de referencia dejaren de publicar el 'tipo de interés preferencial' de las operaciones de crédito a tres años, el interés aplicable a cada uno de los períodos anuales se determinará en base al que resulte inferior de los siguientes tipos de referencia sustitutivos, y por su orden, con los incrementos que para cada uno se expresan:

1. El publicado por la entidad o el promedio de los publicados por los Bancos de referencia para plazos más largos, tomando siempre el más próximo a tres años, incrementado en el diferencial indicado en el apartado anterior.

2. El publicado por la entidad o el promedio de los publicados por

los Bancos de referencia para el plazo de dos años, aumentado en el propio diferencial, más 1/2 punto.

3. El publicado por la entidad o el promedio de los publicados por los Bancos de referencia para operaciones a un año, incrementado en el mismo diferencial más un punto.

4. En el caso de que en virtud de normas legales o reglamentarias la entidad y los Bancos de referencia no publicasen tipo preferencial alguno, los tipos de interés aplicables a este préstamo serán en cada anualidad los que resulten de incrementar el tipo de interés retributivo que la entidad aplique a los depósitos de ahorro a más largo plazo, el cual en este caso será publicado por la entidad, en forma análoga a la anteriormente expuesta, con el diferencial que existiera en el año anterior entre el indicado tipo y el que se hubiere aplicado a este préstamo».

Se reconocerá en una primera lectura que esta redacción es bastante complicada para la parte prestataria, lo que ya de por sí sería causa de descalificación de la misma.

Pero es que haciendo una lectura más detenida, la descalificación ha de ser todavía más fuerte por lo siguiente: 1.º Porque se incluye entre los tipos sustitutivos los de la propia entidad, lo que infringe el artículo 1.256 del Código Civil, sin que se obvie este precepto por la referencia a tipos alternativos, según se ha razonado antes en el epígrafe correspondiente a esa cuestión. 2.º Porque se alude a unos tipos de referencia en relación con operaciones de plazo diferente al del período de interés, lo que determina cierta inconsecuencia en el elemento comparativo. 3.º Porque no se acreditan en el momento del contrato esos tipos de referencia y su diferencial respecto al tipo inicialmente pactado.

Hay que insistir ahora en este tercer punto crítico de los intereses sustitutivos, es decir, en el defecto de no *acreditar* ese interés de referencia en el momento de firmar el contrato, y en consecuencia, en no saberse si el diferencial que se señala responde o no a la realidad. Es muy cómodo decir que el prestatario puede enterarse de cuáles son esos tipos de referencia y cuál es su diferencial, cuando la verdad es que resulta bastante complicado y engorroso, y sobre todo, será prácticamente imposible comprobarlo en un momento posterior a medida que vaya pasando el tiempo desde la firma del contrato. Concretamente, me pregunto: ¿toda esa serie de sustitutivos que se señalan responden al respectivo diferencial que se indica? La necesidad de dar claridad al contrato impone que se acompañen los justificantes o pruebas de esa serie de tipos sustitutivos, pues si se diera el caso de que en un momento ulterior tuvieran que entrar en funcionamiento, podría producirse la indefensión para el prestatario al no haber podido comprobar si en el momento de la

firma del contrato respondían a la realidad. Una vez más la figura del contrato de adhesión impone este planteamiento, en lugar de decir que cada cual es libre de firmar lo que estime pertinente y de tener o no conocimiento de lo que quiera. ¿Qué prestatario, hombre corriente, buen padre de familia, tendrá conocimiento, si no se le acredita, de todos esos tipos de referencia sustitutivos y de sus correspondientes diferenciales en el momento de firmar el contrato? Como no se pueden aceptar firmas en blanco, hay que rechazar esa masiva enumeración de tipos sustitutivos y esa carencia de justificación. ¿Y si en vez del diferencial de un punto o medio punto, que se señala, resulta que hay un error, y que el diferencial en el momento del contrato es de tres puntos? La cuestión es fundamental, pues de ello dependerá que la variación sea en un sentido o en otro, en el futuro.

Por cierto, que la Circular 12 del Banco de España tampoco es muy amiga de los intereses sustitutivos, ya que la norma segunda dice: «El tipo de interés de referencia pactado sólo podrá ser sustituido por otro tipo de referencia, en las circunstancias previstas en la norma cuarta, párrafo 2.º». Y el párrafo 2.º de la norma 4.ª dice: «No obstante lo anterior, en las operaciones ligadas al mercado interbancario, y en previsión de circunstancias excepcionales en que no hubiera disponibilidad de fondos a plazo equivalente al período de interés, se podrá pactar en el contrato original la aplicación transitoria de otros tipos de referencia y períodos de interés, en tanto persistan esas circunstancias».

La repetida Comisión de Registradores que estudió este tema, interpretó estos párrafos en el sentido que «no se admiten los intereses sustitutivos en términos generales. O bien sólo lo admite para operaciones del mercado interbancario, o bien, si se interpreta que es fuera de él, es de modo transitorio y excepcional, por falta de disponibilidad de fondos».

Ahora bien, ya hemos dicho que la Circular no es vinculante para los prestatarios, al no haber sido publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, por lo que, aun entendiendo que la citada Circular no prohíbe los intereses sustitutivos —cosa que no resulta de su texto—, no podría llegarse a la conclusión de que son admisibles, pues su rechazo lo hemos fundado en otro tipo de argumentos, habiéndose aludido ahora a la Circular a título simplemente de curiosidad.

Por eso, poco nos puede interesar tampoco que ante cualquier consulta de una entidad crediticia al Banco de España, éste dijera que cabe utilizar tipos de referencia sustitutivos, pues esto no es ningún argumento para evitar y obviar los requisitos de Derecho civil y de Derecho hipotecario que son exigibles para pactar tales intereses, a saber: 1.º que no produzcan oscuridad a la parte prestataria, y oscuridad la produce una

multiplicidad de intereses sustitutivos; 2.º que se acredite cada uno de los tipos de referencia en el momento de firmar el contrato, para así que quede acreditado su diferencial respecto al interés inicial, y permita en el futuro comprobar la variación producida; 3.º que los tipos de referencia sustitutivos se refieran a operaciones de plazo similar al período anual de interés; 4.º que esos tipos de referencia sean objetivos y no los de la propia entidad.

Necesidad de notificar al prestatario las variaciones de interés

Como se trata de una cuestión fundamental para él, pues según vamos a ver en seguida, puede optar por desistir del contrato antes de admitir el nuevo tipo (cláusula de rescisión), ha de considerarse requisito necesario de la escritura de préstamo el que se pacte y articule adecuadamente el sistema de notificación al prestatario por parte de la entidad prestamista.

La Circular 12 del Banco de España impone también esta obligación a la entidad prestamista diciendo que «deberá comunicar al prestatario el tipo de referencia a aplicar a cada período de interés». Pero en cualquier caso, ya se ha dicho que lo impone la equidad y el buen sentido que ha de presidir el contenido de una nueva figura que se crea en la práctica jurídica.

En algunas de las escrituras de hipoteca que pretenden acceder al Registro se pacta un sistema de notificación improcedente, a base de entender hecha la notificación por la mera publicación de la variación en un periódico de la provincia. Este sistema es insostenible, pues sólo cabe aplicarlo en casos de rebeldía procesal, y no en este caso, en que lo que debe imperar es procurar que el prestatario se entere de la variación para que pueda optar por desistir o no del contrato, y no obligarle a que compre o se suscriba a un determinado periódico, y a que lo lea directamente en espera de que algún día se entere de la noticia.

Por tanto, es claro que esa forma de publicación por periódicos no equivale a una notificación y produce indefensión a la parte prestataria. Ahora bien, ¿en qué forma se debe realizar esa comunicación? Exigir sin más la notificación notarial a toda la masa de prestatarios sería excesivo. Creo que en este punto, no hay que confundir dos problemas diferentes: uno de ellos, es la necesidad de pactar esta notificación en el contrato, porque lo impone la buena fe y la equidad contractual, pero, a este efecto, basta que sea en cualquier forma directa; y otro problema distinto, es el de la notificación o requerimiento en caso de incumplimiento en el pago de las prestaciones, como requisito para que el acreedor pueda ejercitar el procedimiento judicial sumario. Separemos ambas cues-

tiones: la notificación de la variación del interés ha de pactarse en principio sin referencia a una concreta forma notarial. Y entonces, pueden suceder varias cosas: que el interesado conteste diciendo que acepta o diciendo que desiste del contrato, y en tal caso no hay problema, pues se hará en la forma solicitada; o que el interesado no conteste, en cuyo caso, pueden a su vez suceder dos cosas: que no haya contestado, pero que al recibir la notificación del nuevo interés lo siga pagando, con lo que en cierto modo eso equivale a darse por enterado; o que no conteste ni pague, en cuyo caso, antes de ejercitar el procedimiento judicial por parte de la entidad, ha de cumplir los requisitos legales, entre ellos, hacer el requerimiento en forma al deudor y tercer poseedor, es decir, notarial o judicialmente. Pero entonces ha de poder optar por desistir del contrato.

En cualquier caso, parece oportuno pactar un domicilio para notificaciones a estos efectos, por analogía con lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley Hipotecaria.

Necesidad de pactar la llamada cláusula de rescisión

Otro de los requisitos que impone el buen sentido es que se permita al prestatario desistir del contrato con ocasión de cualquier subida de interés, sin más que realizar la devolución de la parte pendiente del capital con los intereses al tipo antiguo, sin revisión. Parece además necesario darle un plazo prudencial, que bien puede ser el de seis meses, a tal efecto, como he visto en alguna escritura que circula en la práctica diaria.

Este requisito de buen sentido, lo exige también la Orden del Ministerio de Economía de 17 de enero de 1981, en su número segundo, punto tercero, al decir que «deberán establecerse cláusulas de rescisión de las operaciones en función de la alteración de los tipos y condiciones de los mercados que permitan a cualquiera de las partes una ordenada gestión financiera». Por tanto, estamos ante un requisito legalmente exigido, pues lo impone la Orden ministerial citada, que sí ha sido publicada en el *Boletín Oficial del Estado* y es norma vinculante para ambas partes contratantes.

La Circular 12 de 1981 del Banco de España también insiste en este punto diciendo que «los contratos deberán establecer el procedimiento de rescisión en caso de no aceptación por el prestatario del tipo de interés a aplicar en el siguiente período de interés». Pero recordemos que lo que diga la Circular no es vinculante a efectos civiles, sin perjuicio de admitir este párrafo en el presente caso por coincidir con lo que dispone la Orden ministerial.

En la práctica, se advierten a veces imprecisiones terminológicas en las escrituras de hipoteca, que hay que tratar de evitar, pues pueden producir confusiones de fondo. Así, a veces se emplea la palabra «resolver» en vez de «rescindir», y ello es totalmente inadecuado, aparte de contrario a la normativa que impone la Orden ministerial. Es discutible si estamos ante una verdadera «rescisión», pero en cualquier caso, siempre será concepto más adecuado que el de «resolución». Quizá la naturaleza jurídica del supuesto se adapte mejor a la figura del «desistimiento» de la parte prestataria. En cambio, la «resolución» tiene una carga de «incumplimiento» y de «indemnización de daños y perjuicios por ilicitud civil», como dice MARÍA PURIFICACIÓN GARCÍA HERGUEDAS (compárese con art. 1.124), que no puede ser aplicable a nuestro caso, en que por un cambio de circunstancias, de lo que se trata es de permitir al prestatario que desista del contrato, sin ninguna dosis de incumplimiento o ilicitud contractual, y sin indemnización de daños y perjuicios.

Por ello, aquellas cláusulas de interés variable que empleen la palabra «resolución» en lugar de «rescisión» o «desistimiento» no deberían tener acceso al Registro de la Propiedad, pues pueden repercutir negativamente en la parte prestataria. Sobre todo teniendo en cuenta que se suele añadir que cargará con «los gastos de toda clase».

Necesidad de que el diferencial sea fijo

En la norma segunda de la Circular 12 del Banco de España se dice que el diferencial «permanecerá invariable durante la vida del contrato». Esto también lo impone el buen sentido que ha de presidir la creación de nuevas figuras contractuales, pues en una cláusula de interés variable, lo que ha de variar, por definición, es el tipo de referencia y no el diferencial, que en cambio, constituye la garantía de previsión y objetividad de la cláusula. Si encima de ser variable el interés de referencia, se varía en cada momento el diferencial, se produce una inseguridad en el posible cálculo de la variación por la parte prestataria. Esta ya sabe que el interés de referencia puede variar, pero también sabe que con sólo sumar unos puntos fijos (diferencial) a ese tipo de referencia, tendrá el interés variable en un momento dado. Por tanto, el requisito de «diferencial fijo» lo impone la necesidad de dar claridad y objetividad a la cláusula.

En la práctica, muchas veces se utiliza el concepto de diferencial arbitrariamente o al azar, como si se tratase de un mero incremento de puntos. Pero esto es *gravísimo*, pues entonces la cláusula es exclusivamente *al alza*. El diferencial no es el de los coches ni es un juego, sino que ha de responder a una realidad básica y objetiva. la diferencia acreditada ya en el momento de otorgar el contrato entre el tipo inicial y el

tipo de referencia. Después, el tipo de interés de referencia variará al alza o a la baja, pero el diferencial ha de permanecer fijo. Sólo así, la cláusula será objetiva.

Necesidad de pactar plazos similares de las operaciones del tipo de referencia

Es frecuente en la práctica aludir a tipos de referencia previstos para operaciones a mayor plazo que el período de interés variable. Así, se dice que se pacta el tipo de referencia equis correspondiente a las operaciones a plazo a tres años, cuando el período de interés es de un año, por ejemplo. Esta falta de concordancia la denuncia también la Circular 12 del Banco de España aludiendo en su norma tercera al tipo preferencial «para operaciones de crédito o préstamo de plazo similar al período de interés».

Necesidad de acreditar el tipo de interés de referencia

A lo largo de este estudio, he dicho varias veces que el tipo de referencia ha de acreditarse en el momento de la firma de la escritura de hipoteca, a base de acompañar el documento justificativo correspondiente, para dejarlo incorporado a la escritura, o bien acompañarlo posteriormente para dejarlo archivado en el legajo correspondiente del Registro. Este requisito lo impone la necesidad de que ambas partes contratantes y no una sola tengan plenamente formado su conocimiento y consentimiento en esta materia tan importante, a fin de evitar errores que producirían vicio del consentimiento contractual. Recuérdesse lo ya dicho a propósito de los contratos de adhesión.

Por tanto, no sólo ha de acreditarse el tipo de referencia en el momento de la ejecución, a efectos de poder ejercitar la acción hipotecaria, sino que también en el momento de la firma del contrato, la formación plena del consentimiento contractual exige que se acredite ese tipo de referencia que se pacta.

Modelo de cláusula de interés variable que se propone

«Se pacta como tipo de interés inicial el 16,50 por 100 anual (por ejemplo), resultante de incrementar con el diferencial de dos puntos la media aritmética de los tipos preferenciales de interés para operaciones de crédito (préstamo) a un año, publicados por las entidades siguientes: ... (que no sean todas Cajas, sino también Bancos, y que no se incluya

la propia entidad)..., siendo dicha media aritmética en el día de hoy el 14,50 por 100.

Este tipo de interés estará vigente hasta el último día del año natural siguiente al presente.

En cada período anual sucesivo —años naturales— el tipo de interés será, al alza o a la baja, el resultante de añadir ese diferencial de dos puntos al promedio de los intereses preferenciales de las citadas entidades publicados el 1.º de octubre anterior a cada período de interés.

El nuevo tipo de interés se comunicará a la parte prestataria, a cuyo efecto se fija como domicilio la propia finca hipotecada (por ejemplo). La parte prestataria podrá desistir del contrato si no le conviniera el nuevo tipo de interés, a cuyo efecto deberá comunicarlo así a la entidad prestamista antes del 1.º de diciembre, y quedará obligada a devolver las cantidades pendientes en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor del nuevo tipo, durante cuyo plazo los intereses se satisfarán al tipo anterior.

En el supuesto de que ninguna de las entidades crediticias de referencia publicasen el preferencial indicado, se utilizará como tipo de referencia sustitutivo la media ponderada del rendimiento interno de las obligaciones privadas (u otro objetivo), que en el día de hoy es... según se acredita por certificación o publicación del Banco de España, siendo, por tanto, el diferencial fijo en este caso de tantos puntos respecto al tipo de interés inicial pactado.

A efectos de la hipoteca que se constituye en esta escritura, el máximo del tipo de interés que no puede ser sobrepasado es del ... (aquí, como máximo un 50 por 100 más del tipo inicial) (1).

Para acreditar el tipo de interés en el procedimiento judicial sumario se pacta que será documento acreditativo suficiente las certificaciones de las entidades de referencia antes señaladas o bien la certificación del Consejo Superior Bancario, o de la Confederación de Cajas de Ahorro o del Banco de España.»

Con esto termino el presente estudio recordando los puntos que han constituido el *leiv motiv* del mismo, a saber:

1.º Necesidad de que el tipo de referencia sea objetivo y no los de la propia entidad (art. 1.256 del Código Civil).

(1) Haciendo por mi parte un gran esfuerzo, la escritura podría añadir la siguiente frase, *pero no sería inscribible*: «Ello sin perjuicio de que, a efectos meramente obligacionales y con efectos *inter partes*, pueda sobrepasarse ese límite y exigirse por acción personal». En seguida habría que insistir en su denegación a efectos registrales, bien por ser de efectos personales o bien por ser ineficaz incluso entre partes por no marcar límite máximo de riesgo, según mi opinión.

2.º Necesidad de que la cláusula de interés variable se configure como hipoteca de máximo, a todos los efectos, sin distinguir entre partes y terceros.

3.º Necesidad de que esta figura de nueva creación que es la cláusula de interés variable se pacte con un contenido que responda a la claridad y equidad contractual, tal como es exigible en los contratos de adhesión y en las figuras de nueva creación.

Una última cosa: recomiendo la lectura detenida de las cláusulas que circulan actualmente en la práctica. Sólo así se comprenderán las razones expuestas en este estudio.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA

Registrador de la Propiedad