

Resumen

El Registrador deniega la inscripción de escritura de préstamo hipotecario por indeterminación de cláusula relativa a la fijación de los intereses ordinarios que devengará el préstamo que se garantiza con hipoteca cuya inscripción se pretende. La DGRN estima el recurso al entender que al amparo del principio de determinación registral no cabe imponer la fijación de un tipo máximo al que pueden ascender los intereses ordinarios o moratorios en las relaciones personales entre acreedor y deudor si se señala el límite al que puede ascender su cobertura hipotecaria, de modo que más allá del cual no podrán ser ya satisfechos con cargo al precio de remate del bien hipotecado, aún cuando los efectivamente devengados y exigibles en las relaciones personales acreedor-deudor, fueren superiores.

NORMATIVA ESTUDIADA

D de 14 febrero 1947. Reglamento Hipotecario
art.236.2

RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.1281 , art.1284 , art.1285 , art.1286

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	5

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

DOMINIO

FINCA REGISTRAL

Hipoteca

Crédito hipotecario

Extensión

Otras cuestiones

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

PRINCIPIOS HIPOTECARIOS

Determinación

FICHA TÉCNICA

Legislación

Aplica art.236.2 de D de 14 febrero 1947. Reglamento Hipotecario

Aplica art.1281, art.1284, art.1285, art.1286 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita dad.3.1 de Ley 46/1998 de 17 diciembre 1998. Introducción del euro

Cita art.14.1 de Ley 42/1998 de 15 diciembre 1998. Derechos de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de Uso Turístico y Normas Tributarias

Cita dad.6 de Ley 37/1998 de 16 noviembre 1998. Modifica Ley del Mercado de Valores

Cita art.16 de Ley 28/1998 de 13 julio 1998. Venta a Plazos de Bienes Muebles

Cita art.260 de RDLeg. 2/1995 de 7 abril 1995. TR Ley de Procedimiento Laboral

Cita edm.0 de RD 290/1992 de 27 marzo 1992

Cita art.14 de Ley 22/1991 de 28 junio 1991

Cita art.45 de RDLeg. 1564/1989 de 22 diciembre 1989. TR Ley Sociedades Anónimas

Cita Ley 24/1988 de 28 julio 1988. Mercado de Valores

Cita art.5, art.6 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita art.27, art.38.1 de LO 2/1979 de 3 octubre 1979. Tribunal Constitucional

Cita CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita art.469 de Ley 1/1973 de 1 marzo 1973. Ley por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra

Cita art.94, art.95 de Ley de 16 diciembre 1954. Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento

Cita D de 14 febrero 1947. Reglamento Hipotecario

Cita art.1, art.8, art.129, art.131, art.132, art.133 de D de 8 febrero 1946. TR Ley Hipotecaria

Cita RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita art.322, art.323 de RD de 22 agosto 1885. Año 1885. Código de Comercio

Jurisprudencia

Cita STSJ Cataluña Sala de lo Social de 19 febrero 1999 (J1999/6380)
Cita STS Sala 1ª de 20 abril 1999 (J1999/6316)
Cita STS Sala 1ª de 30 noviembre 1998 (J1998/26850)
Cita STS Sala 1ª de 4 mayo 1998 (J1998/3142)
Cita STS Sala 3ª de 16 octubre 1995 (J1995/5691)
Cita STC Pleno de 18 diciembre 1981 (J1981/41)
Cita STC Pleno de 8 abril 1981 (J1981/11)
Cita STC Sala 1ª de 31 marzo 1981 (J1981/9)
Cita STC Pleno de 2 febrero 1981 (J1981/4)

D. administrativa

Cita Res. DGRN de 24 marzo 2003. Registro de la Propiedad (D2003/7654)
Cita Res. DGRN de 10 abril 2002. Registro de la Propiedad (D2002/18421)
Cita Res. DGRN de 28 mayo 2001. Registro de la Propiedad (D2001/12004)
Cita Res. DGRN de 16 mayo 2001. Registro de la Propiedad (D2001/11995)
Cita Res. DGRN de 28 septiembre 2000. Registro de la Propiedad (D2000/36416)
Cita Res. DGRN de 8 noviembre 1990. Registro de la Propiedad (D1990/10162)
Cita Res. DGRN de 14 junio 1933. Registro de la Propiedad (D1933/5)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En escritura otorgada ante el Notario de Pilar de la Horadada, D. José Nieto Sánchez, el día 2 de julio de 1999, la entidad “Banco E., S.A.”, quien actuó representada por sus apoderados D. Antonio y D. Joaquín, concedió a los cónyuges D. Octavio y Dª Mª Teresa un préstamo de determinada cantidad de dinero, en garantía del cual los mencionados cónyuges constituyeron sobre una finca de su propiedad inscrita en el Registro de la Propiedad de Murcia núm. 7 hipoteca a favor de la entidad acreedora.

En la citada escritura se establecieron, entre otras, las siguientes cláusulas: “...Tercera bis. Tipo de interés variable. 1. Cada período de doce meses posterior al día 1 de agosto del año 2000, se denominará “período de interés”. 2. En cada período de interés hasta que finalice el plazo del contrato, se aplicará un tipo de interés nominal que será la suma resultante de añadir 0,50 puntos al “tipo de referencia” o 0,50 puntos al “tipo de referencia sustitutivo”, redondeadas dichas sumas al alza al más cercano múltiplo de un cuarto de punto.

El “tipo de referencia” será el Mibor a 1 año definido como la media simple de los tipos de interés diarios a los que se han cruzado operaciones a plazo de un año en el mercado de depósitos interbancarios durante los días hábiles del mes legal correspondiente, tomando a efectos de referencia el último Mibor a un año publicado por el Banco de España en el B.O.E. antes del inicio de cada nuevo período de interés y dentro de los tres meses naturales previos al mismo.

El “tipo de referencia sustitutivo” será el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años del conjunto de entidades para adquisición de vivienda libre definido como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años, para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas por los bancos, las cajas de ahorro y las sociedades de crédito hipotecario, en el mes a que se refiere el índice, tomando a efectos de referencia el último tipo medio publicado por el Banco de España en el Boletín Oficial del Estado (B.O.E), antes del inicio de cada nuevo período de interés y dentro de los tres meses naturales previos al mismo.

Tanto el tipo de referencia como el de referencia sustitutivo, se encuentran descritos en los términos del Anexo VIII de la Circular del Banco de España 5/94 de 22 de julio (B.O.E. 184 del 3.8.94).

El tipo de referencia sustitutivo se utilizará cuando por cualquier circunstancia, el Banco de España no hubiera publicado en el Boletín Oficial del Estado (B.O.E.) el tipo de referencia dentro de los tres meses naturales previos al inicio de cada nuevo período de interés. Al finalizar el período de interés afectado por esta circunstancia, volverá a determinarse el tipo de interés aplicable, para el siguiente período, conforme al tipo de referencia pactado.

Dado que los tipos de referencia son oficiales, no será necesaria la comunicación de los mismos a la parte prestataria, quien tendrá conocimiento de ellos mediante la publicación que el Banco de España efectúa en el Boletín Oficial del Estado mensualmente (...).

Séptima.- Constitución de hipoteca.

1. Sin perjuicio de la responsabilidad personal, solidaria e ilimitada de la parte prestataria y de cualquier otra garantía, personal o real que pudiera concurrir, D. Octavio y su esposa Dª María Teresa constituyen hipoteca, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 217 del Reglamento Hipotecario, a favor de “Banco E., S.A.” que, por medio de sus representantes, la acepta (...) en garantía de la devolución del capital del préstamo (...), de sus intereses ordinarios de un año, al tipo nominal pactado señalándose a efectos hipotecarios un tipo máximo del 18% anual, hasta un máximo de cinco millones cuatrocientas mil pesetas equivalentes a treinta y dos mil cuatrocientas cincuenta y cuatro euros con sesenta y cinco céntimos, de los intereses moratorios de tres años al tipo nominal resultante de lo establecido en la cláusula financiera 6.a señalándose a efectos hipotecarios un tipo nominal anual máximo del 19% hasta un máximo de diecisiete millones cien mil pesetas equivalentes a ciento dos mil setecientos setenta y tres euros con siete céntimos (...).

Undécima.- Procedimiento extrajudicial. Para el caso de que la ejecución de la hipoteca tenga lugar por el procedimiento extrajudicial a que se refieren los arts. 129 de la Ley Hipotecaria y 234 y siguientes del Reglamento Hipotecario, los otorgantes, además de pactar de modo expreso la sujeción a dicho procedimiento, hacen constar lo siguiente, de conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo, por el que se modifica el Reglamento Hipotecario en materia de ejecución extrajudicial de hipotecas:

1º Los valores en que se tasa/n la/s finca/s hipotecada/s para que sirva/n de tipo en la subasta será/n el/los mismo/s que ha/n quedado señalado/s en el párrafo segundo del apartado 1 de la cláusula anterior.

2º El domicilio señalado por las partes prestataria e hipotecante para la práctica de los requerimientos y notificaciones a que haya lugar será el mismo señalado a tales efectos en la cláusula anterior.

3º La parte hipotecante designa a “Banco E., S.A.”, por de sus representantes estatutarios o legales o por cualquiera de sus apoderados con facultades para cancelar hipotecas, como persona que en su día haya de otorgar la escritura de venta de las fincas hipotecadas en su representación...”.

SEGUNDO.- Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Murcia núm. 7, fue calificada con la siguiente nota: “Presentado el documento que antecede y notificada la calificación desfavorable del mismo y solicitada la extensión de la nota de calificación, se observan los defectos subsanables siguientes:

1) Las cláusulas Tercera bis y Séptima, infringen el principio de determinación y la Doctrina de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de febrero de 1990, 12 de julio y 20 de septiembre de 1996, entre otras, por cuanto: en la cláusula Tercera bis -tipo de interés variable- no se fija límite alguno a la variabilidad del tipo de interés, al alza y a la baja, y en la cláusula Séptima -constitución de hipoteca- se establece un tipo máximo del 18 por ciento anual “a efectos hipotecarios”, siendo así que el tipo máximo debe operar a todos los efectos legales, tanto en las relaciones entre acreedor hipotecario y deudor hipotecante, como en las que se produzcan entre aquel y el tercer poseedor, o los titulares de derechos reales o cargas posteriores sobre la finca hipotecada, adquiridos a título oneroso o gratuito.

2) Los números 2 al 6 inclusive de la cláusula primera, hasta “...última entrega parcial” y desde “Los certificados de tasación...” hasta el final de esa cláusula; los puntos 7 y 8 de la cláusula Segunda; las cláusulas cuarta y Quinta; de la Sexta bis, el último inciso de la letra a), las palabras “o arrendamientos” de la letra e) y la totalidad de las letras b), d), f) g) h), k), l) y m) de la cláusula Sexta bis; los párrafos dos y tres de la letra a), el último inciso de la letra e), el inciso “y demás gastos legítimos” de la letra f) y la totalidad de las letras b), c), d) y g) de la cláusula Novena; el número 3 de la cláusula Décima y la totalidad de la cláusulas Duodécima, Decimotercera, Decimoquinta, Decimosexta, Decimoséptima y Decimonovena, carecen de trascendencia real, infringiendo además el último inciso de la letra a) y las letras b) y m) de la cláusula Sexta bis el principio de determinación, la letra d) de esa cláusula contiene pacto sobre materias sustraídas a la autonomía de la voluntad, la letra g) de esa cláusula infringe el art. 27 de la Ley Hipotecaria, y por otro lado las comisiones previstas en la cláusula Cuarta no están aseguradas con garantía hipotecaria.

3) La cláusula Undécima contiene un procedimiento declarado inviable por la derogación del mismo por las Sentencias del Tribunal supremo de 4 de mayo de 1998 y 20 de abril de 1999. No se ha solicitado anotación de suspensión. Se indica que los defectos señalados bajo los números 2 y 3 no impiden la inscripción del documento calificado, por el consentimiento prestado, en su caso, por el interesado para que sea inscrito con omisión de las cláusulas a que se refieren, conforme al art. 434 del Reglamento Hipotecario, según lo solicitado en la cláusula Decimoséptima de la escritura. Contra la precedente calificación puede interponerse recurso gubernativo en el plazo de tres meses a contar de su fecha mediante escrito dirigido al Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, que se presentará en el propio Registro y con apelación en su caso respecto del Auto dictado ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el plazo de quince días siguientes a su notificación y cuya Resolución será asimismo recurrible ante la Jurisdicción Civil en el plazo de tres meses siguientes a su notificación, todo ello conforme a los arts. 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario. Murcia a 19 de noviembre de 1999. El Registrador Acctal. Fdo.: Eugenio Aguilar Amador”.

TERCERO.- El Notario autorizante de la escritura, D. José Nieto Sánchez, interpuso recurso gubernativo contra los defectos 1º y 3º de la nota de calificación y alegó:

1. Que en cuanto al 1º de los defectos señalados, en el mismo parecen indicarse dos distintos: uno, que no se señala límite máximo y mínimo a la variación del tipo de interés, y otro, que al establecer la constitución de la hipoteca se establece el máximo de cobertura sólo a efectos hipotecarios y no a todos los efectos legales.

a) El primer apartado es una cuestión que ha de quedar a la libertad de contratación (art. 1255 del Código Civil) y su exigencia supone coartar la misma privando además al crédito de la adaptación a las circunstancias económicas que beneficiosamente derivan de los préstamos a interés variable, y que permiten a los prestamistas cargar intereses más reducidos en las épocas en que los intereses están bajos, en la salvaguardia de que sus créditos quedarán adaptados al mercado en las épocas en que suben dichos intereses. Pero además, la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre Transparencia de las condiciones Financieras de los Préstamos Hipotecarios no limita la libertad de estipulación de las partes, y así en su art. 2 establece como consecuencia a la infracción de lo dispuesto en la misma la aplicación de la Ley de 29 de julio de 1988 sobre Disciplina e Intervención de las entidades de Crédito, es decir, que la infracción es sancionable por el Banco de España, pero no afecta sustantivamente al crédito, criterio ya mantenido por la Resolución de 16 de febrero de 1990.

Además, la condición financiera 3º bis del Anexo II de la Orden da a entender que el establecimiento de límites al tipo de interés es potestativo, y por último, dicha orden no es aplicable al presente préstamo por ser de cuantía superior a veinticinco millones de pesetas.

b) Que en cuanto al segundo aspecto, el límite se establece a todos los efectos hipotecarios, y no sólo respecto de terceros, como era el caso de las resoluciones citadas en la nota. Pero es que además, la pretensión del Registrador de que dicho límite ha de jugar a todos los efectos legales es exorbitante, ya que el límite que resulta de la doctrina de las resoluciones expuestas sólo ha de funcionar a los efectos de la inscripción de los actos jurídicos en el Registro y en cuanto a los efectos que éste debe desplegar, exigencia que se cumple señalando

el límite a efectos hipotecarios, pero la calificación del Registrador no puede extenderse más allá del Registro y cercenar la autonomía de la voluntad en cuanto a otros efectos legales, como la posibilidad de ejecutar la deuda por el procedimiento ejecutivo ordinario en base a la fuerza ejecutiva de la escritura pública, o los efectos de exactitud e integridad de la escritura, y en todos estos casos no se percibe porqué se ha de señalar límite alguno a la cobertura de intereses del crédito (entre otras Resoluciones de 20 y 21 de enero de 1998).

2. Que respecto al tercer defecto señalado en la nota, la constitucionalidad del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria ha sido reconocida por Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1981, criterio seguido por Auto de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1995 y Sentencias de 16 y 23 de octubre de 1995, y si bien es cierto que las Sentencias de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998 y 20 de abril de 1999 se han pronunciado en contra ello no puede servir de fundamento para rechazar la inscripción de la cláusula en cuestión, ya que el control de inconstitucionalidad de las normas preconstitucionales corresponde a todos los Jueces y Tribunales, pero no a los Registradores de la Propiedad, y aún en el caso de control realizado por los primeros, estos pueden optar por estimar la inaplicación de la norma preconstitucional al amparo de la Disposición Derogatoria Única de la Constitución o por promover una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, y sólo de la segunda de las opciones se puede predicar su eficacia “erga omnes” pues lo contrario supondría vulnerar los principios constitucionales de seguridad jurídica y publicidad pues se estaría dando esa eficacia “erga omnes” a una resolución judicial que estima inaplicable una norma jurídica y que no ha sido publicada en periódico oficial alguno.

Por otro lado, la eficacia derogatoria de la Constitución con respecto a las leyes preconstitucionales lo es sólo respecto de aquellas normas constitucionales de aplicación inmediata, lo que no sucede con el art. 117.3 de la Constitución, en que se fundan principalmente las Sentencias del Tribunal Supremo alegadas. También es discutible que la jurisprudencia, que no es fuente del derecho, haya de ser seguida en la función calificadora, como ya señaló el Auto de Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 19 de noviembre de 1998. Por último, los arts. 234 a 236-o del Reglamento Hipotecario han sido redactados por Real Decreto de 27 de marzo de 1992, norma postconstitucional, por lo que cabría predicar la vigencia de dichos preceptos aun admitiendo hipotéticamente la inconstitucionalidad del art. 129.2 de la Ley Hipotecaria, y corresponde a la Sala 3ª del Tribunal Supremo, no a la 1.ª, el control de la constitucionalidad de dicha norma reglamentaria, según el art. 58 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 12 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativo.

CUARTO.- El Registrador Accidental del Registro de la propiedad de Murcia núm. 7, en defensa de la nota informó:

1. Que respecto al primer defecto objeto de recurso, el mismo ha sido ya materia de debate en expedientes gubernativos tramitados en el Tribunal Superior de la Región de Murcia cuyos autos son confirmatorios del defecto indicado.

A) Pacto de variabilidad de intereses: Que la hipoteca en garantía de préstamos de interés variable está admitida en el art. 131, regla 3.ª, núm. 4 de la Ley Hipotecaria, pero ni la citada regla ni ninguna otra contenida en la Ley Hipotecaria, Código Civil o de Comercio establecen los requisitos de validez y eficacia de los pactos de variabilidad de intereses, que han de ser deducidos de la jurisprudencia, de la analogía o de los principios generales y, en último caso, de la doctrina especializada. Que ciertamente, la objetividad de los índices, factores o datos de que dependen la variación del interés es requisito exigido por la jurisprudencia y la doctrina, pero también se exige que la variación del tipo puede ser tanto al alza como a la baja, que las cláusulas y condiciones que se establecen para calcular el tipo aplicable sean claras y específicas y que se establezcan topes de variabilidad. Esto último se fundamenta en las siguientes consideraciones:

1. La ausencia de límites convierte en aleatorio un contrato conmutativo como el préstamo.

2. Si no se fijan los límites se produciría un contrasentido jurídico, en cuanto el interés inicial tendrá siempre un límite a la baja pues nunca podrá llegar a cero mientras que al alza, al no existir límite, podrá subir indefinidamente, llegando incluso a más del cien por ciento.

3. El documento calificado contiene un contrato de préstamo garantizado con hipoteca, y una vez que tenga acceso al Registro, si no existen límites de variabilidad, quedaría indeterminada la extensión del derecho inscrito (crédito hipotecario) en cuanto a los intereses.

4. La aplicación analógica del art. 219.3 del Reglamento Hipotecario llevaría a rechazar las cláusulas de interés variable que permitan un incremento superior al cincuenta o al veinticinco por ciento, según la duración del préstamo, y en todo caso, aunque no se consideren aplicables estos límites reglamentarios, resulta patente la voluntad del legislador contraria a la ausencia de límites.

5. La Directiva de la CEE 93/13 de 9 de abril de 1993, que ha sido traspuesta a nuestra legislación mediante la ley de 13 de abril de 1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación, considera que una cláusula es abusiva cuando no ha sido negociada individualmente y ha sido redactada previamente y el consumidor no ha podido influir sobre su contenido, como ocurre en el presente caso. También hay que tener en cuenta la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1996.

B) Responsabilidad hipotecaria por intereses: Que el recurrente reconoce que en la escritura se fija un tipo máximo a efectos hipotecarios y cita unas resoluciones que contradicen su postura en cuanto vienen a declarar con toda claridad que la determinación de la responsabilidad hipotecaria por los distintos conceptos opera a todos los efectos, favorables o adversos y lo mismo en las relaciones con terceros que en las existentes entre el acreedor hipotecario y el dueño de la finca hipotecada que sea a la vez el deudor hipotecario. La Resolución de 12 de junio de 1996 ha declarado no inscribible la cláusula que garantiza el pago de intereses remuneratorios “por un máximo en perjuicio de terceros”; es decir, que estaríamos ante un intento de eludir la aplicación de esta doctrina utilizando una frase distinta para decir lo mismo, pues las frases “a efectos hipotecarios”, “en perjuicio de terceros” y “a efectos de terceros” tienen el mismo significado, como ha declarado la doctrina y la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1918).

2. Que en cuanto al segundo defecto impugnado, si las Sentencias de 4 de mayo de 1998 y 20 de abril de 1999 se han pronunciado contra la constitucionalidad del citado procedimiento debe considerarse que las mismas vinculan desde su publicación con eficacia “erga omnes”, prevaleciendo su criterio sobre el de las sentencias anteriores del Tribunal Supremo de 16 y 23 de octubre de 1995 y

sobre y sobre el de la Sentencia del Tribunal Constitucional citadas por el recurrente, y ello por proceder de la Sala de lo Civil a la que corresponde entender en esta materia.

QUINTO.- El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia dictó Auto confirmando la nota del Registrador, fundándose en las alegaciones contenidas en el informe de éste y en cuanto al segundo defecto impugnado, además, en las siguientes:

-Que la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998 no invade competencias del Tribunal Constitucional, pues la norma en cuestión no es una norma dictada después de la vigencia de la Constitución, sino la contenida en el art. 129.2 de la Ley Hipotecaria, cuyo control de legalidad está sometido a la jurisdicción ordinaria. La cuestión del posible refrendo postconstitucional de esta norma por vía reglamentaria (Real Decreto 290/92 de 27 de marzo) es analizado en el fundamento décimo de la Sentencia, que le quita todo soporte legal con dos razonamientos impecables: de una parte el principio de jerarquía normativa (art. 9.3 de la Constitución), que impide a los Tribunales aplicar preceptos contrarios a la Ley o a la Constitución, y de otra parte el principio de legalidad, que aparece conculcado en este desarrollo reglamentario al olvidar la “reserva de ley” en este caso procesal para “las normas de competencia y procedimiento” (art. 117.3 de la Constitución).

Que otro argumento en contra de la admisibilidad de este procedimiento es el principio de exclusividad e integridad de la jurisdicción, que reserva a los tribunales la facultad de aplicar y ejecutar las leyes, y además sólo a éstos corresponde el desarrollo de tales funciones (art. 117 de la Constitución), y no cabe, al socaire de un pretendido principio de autonomía de la voluntad, por pactos privados, cercenar o restringir estas funciones constitucionales del Poder Judicial, lo que ocurriría al atribuir la ejecución del contrato de hipoteca a la institución notarial, ajena en su esencia a tales menesteres; y no cabe porque son normas imperativas de primer orden, de aquellas que forman el núcleo duro de la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, indisponibles por la autonomía de la voluntad.

Que otro argumento convincente empleado por la sentencia comentada es que resulta de difícil encaje constitucional el procedimiento que estamos estudiando, menos garantista que el procedimiento judicial sumario del art. 131 de la Ley Hipotecaria, ya de por sí extraordinariamente restrictivo en cuanto a medios de defensa:

Éste permite como causas de oposición las del art. 132 de la Ley Hipotecaria, mientras que en el procedimiento notarial todo se reduce a la falsedad y a la cancelación del art. 236.ñ.1 del Reglamento Hipotecario.

Frente a esta restricción de medios de defensa se argumenta la posibilidad del deudor de acudir al declarativo correspondiente, pero no parece acorde con el principio de tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución) ni con el deber de todos los poderes públicos de promover la efectividad de estos derechos (art. 53 de la Constitución) que la única compensación que tenga el deudor frente a los poderosos medios de ataque concedidos por leyes y reglamentos al ejecutante sea la posibilidad de interponer el consabido declarativo. No cabe olvidar que la tutela judicial efectiva llega más allá de proscribir la indefensión y acoge en su seno la interdicción de aquellos instrumentos que cercenen o limiten de manera desmedida el ejercicio de los derechos de defensa.

Que no es admisible el argumento esgrimido en el recurso de que la Sentencia de 4 de mayo de 1998 resuelve un caso particular, no transportable a otras situaciones jurídicas, ya que se trata de una resolución de hondo calado y con intención de sentar una sólida doctrina en esta materia como lo demuestra el profundo estudio de las instituciones concernidas.

SEXTO.- El Notario recurrente apeló el Auto Presidencial manteniéndose en sus alegaciones y añadió:

1. Que en cuanto a la cobertura de la responsabilidad hipotecaria por intereses, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de diciembre de 1999 parece abonar las tesis mantenidas en el recurso.

2. Que respecto a la inscripción del pacto del procedimiento extrajudicial de ejecución de hipoteca, la Disposición Final 9.a de la Ley de 8 de enero de 2000 da una nueva redacción al art. 129 de la Ley Hipotecaria admitiendo el pacto de venta extrajudicial del bien hipotecado por medio de Notario sujetándose a las formalidades previstas en el Reglamento Hipotecario y si bien dicha Ley no entrará en vigor hasta el año de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, el legislador parece decantarse por la admisibilidad del supuesto, y por ello, y en base al principio de “favor negotii” consagrado en el art. 1284 del Código Civil debe admitirse la inscripción de la cláusula.

Dicho criterio también podría fundarse en las Disposiciones Transitorias Primera y Cuarta del Código Civil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los arts. 9 EDL 1978/3879 , 24.1 EDL 1978/3879 , 53.1 EDL 1978/3879 , 97 EDL 1978/3879 , 117 EDL 1978/3879 y 164.1 EDL 1978/3879 , y la disposición derogatoria, apartado 3 de la Constitución EDL 1978/3879 ; arts. 27 EDL 1979/3888 y 38.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de 23 de octubre de 1979 EDL 1979/3888 ; arts. 5 y 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985 EDL 1985/8754; 1.6 EDL 1889/1 , 1.255 EDL 1889/1 , 1.281, 1.284, 1.285, 1.286 EDL 1889/1, 1.872, 1.875 EDL 1889/1, 1.858, 1.859 EDL 1889/1 y 1.880 del Código Civil EDL 1889/1 ; 1, 8 EDL 1946/59, 129, 131 y 132 de la Ley Hipotecaria de 1946 EDL 1946/59; 234 a 236-o del Reglamento Hipotecario EDL 1947/13; las Sentencias del Tribunal Constitucional 4/1981, de 2 de febrero EDJ 1981/4 , 9/1981, de 31 de marzo EDJ 1981/9 , 11/1981, de 8 de abril EDJ 1981/11 , 41/1981, de 18 de diciembre EDJ 1981/41 ; las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 4 de mayo EDJ 1998/3142 y 30 de noviembre de 1998 EDJ 1998/26850 y 20 de abril de 1999 EDJ 1999/6316 , así como las de la Sala Tercera del mismo Tribunal de 16 EDJ 1995/5691 y 23 de octubre de 1995 EDJ 1999/6380 , y las Resoluciones de 28 de noviembre de 1893, 3 de julio de 1920, 14 de junio de 1933 EDD 1933/5 , 8 de noviembre de 1990 EDD 1990/10162 , 28 de septiembre de 2000 EDD 2000/36416 , 16 de mayo de 2001 EDD 2001/11995 , 28 de mayo de 2001 EDD 2001/12004 , 10 de abril de 2002 EDD 2002/18421 y 24 de marzo de 2003 EDD 2003/7654 , entre otras.

PRIMERO. Según el primer defecto de la nota que es objeto de impugnación, estima el Registrador que hay indeterminación en la cláusula relativa a la fijación de los intereses ordinarios que devengará el préstamo que se garantiza con la hipoteca cuya inscripción se

pretende, toda vez que pactándose la variabilidad del tipo de interés aplicable, no se establece tope máximo a la variación del mismo, y en la cláusula de constitución de hipoteca, aunque se establece un tipo máximo al definir su cobertura hipotecaria, se añade que tal fijación lo es a “efectos hipotecarios”.

El defecto no puede ser estimado. Por una parte, debe tenerse en cuenta que tratándose de préstamos hipotecarios, el principio de determinación registral se predica sólo respecto del derecho real que se inscribe, la hipoteca, la cual debe quedar perfectamente determinada en su alcance y extensión, siendo irrelevantes respecto de aquel principio aquellos aspectos del préstamo garantizado que no influyan en el juego de la garantía, y en consecuencia, no cabe imponer, al amparo de dicho principio, la fijación de un tipo máximo al que puedan ascender los intereses ordinarios o moratorios en las relaciones personales entre acreedor y deudor si se señala el límite al que puede ascender su cobertura hipotecaria, de modo que más del cual no podrán ser ya satisfechos con cargo al precio de remate del bien hipotecado, aun cuando los efectivamente devengados y exigibles en las relaciones personales acreedor-deudor, fueren superiores.

Por otra parte, es indudable que la expresión “a efectos hipotecarios” no puede ser entendida sino en el sentido de fijar la extensión de la cobertura hipotecaria de tales intereses y, por ende, con alcance tanto interpartes como “erga omnes”; así resulta no solo de la literalidad misma de la expresión sino también de la necesaria valoración de las cláusulas del contrato en el sentido más adecuado para que produzcan efectos, de la valoración conjunta de todas ellas, y del entendimiento de las palabras en la acepción más conforme a la naturaleza y objeto del contrato (cfr. Artículos 1.281, 1.284, 1.285 y 1.286 del Código Civil EDL 1889/1).

SEGUNDO.- Respecto al segundo defecto impugnado, ciertamente la Sala primera del Tribunal Supremo, en la Sentencia de 4 de mayo de 1998 EDJ 1998/3142 (y, posteriormente, en la de 20 de abril de 1999 EDJ 1999/6316), ha declarado inaplicables el párrafo segundo del art. 129 de la Ley Hipotecaria EDL 1946/59 y los arts. 234 a 236-o del Reglamento Hipotecario EDL 1947/13, por entender que tales preceptos son contrarios a los arts. 24.1 EDL 1978/3879 y 117.3 de la Constitución EDL 1978/3879. Pero debe tenerse en cuenta que, si bien se reconoce a los Jueces y Tribunales la facultad de declarar inaplicable una norma preconstitucional por considerarla derogada por la Constitución (cfr., por todas, las Sentencias del Tribunal Constitucional números 4 EDJ 1981/4, 9 EDJ 1981/9 y 11 EDJ 1981/11, de 2 de febrero, 31 de marzo y 8 de abril de 1981, respectivamente), lo cierto es que sólo las sentencias del Tribunal Constitucional que declaren la inconstitucionalidad de una ley tienen -“erga omnes” y con carácter definitivo- la virtualidad de expulsar del ordenamiento jurídico dicha norma de modo que no pueda ser aplicada en lo sucesivo (cfr. Artículo 164.1 de la Constitución EDL 1978/3879).

Además, tampoco puede olvidarse que las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal supremo de 16 EDJ 1995/5691 y 23 de octubre de 1995 EDJ 1999/6380 admitieron la constitucionalidad y legalidad del procedimiento.

A mayor abundamiento, no pueden ser compartidas las objeciones expresadas por el Registrador, y fundamentalmente por el Auto apelado, por las siguientes consideraciones:

a) El llamado procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria cuenta con antecedentes históricos en nuestra tradición, pues, como ha puesto de relieve este Centro directivo (cfr., por todas, las Resoluciones de 3 de julio de 1920 y 14 de junio de 1933 EDD 1933/5), frente a la corriente germánica reflejada en la edición latina del Fuero Juzgo -Ley 3.a del título 6º, libro V, que preceptuaba la intervención del Juez y la tasación de la prenda y en el fuero Real -Ley 1.a del título 19, libro III, que ordenaba la venta con mandato del Alcalde consejeramente- y encarnada en el art. 133 de la Ley Hipotecaria primitiva EDL 1946/59, según el cual, al vencimiento del plazo para el pago de la deuda, el acreedor podría pedir que se despachase mandamiento judicial contra todos los bienes hipotecados, fue introduciéndose en nuestro Derecho el procedimiento extrajudicial con raíces en el Derecho romano clásico, que, al conceder derecho al acreedor para que pudiese vender “la prenda” si el deudor no cumplía la obligación, y conciliándose con los precedentes de la edición romanceada del Fuero Juzgo pasó a las Partidas (cfr. Leyes 41 y siguientes del título 13 de la Partida V) y, posteriormente, al art. 1.872 del Código Civil EDL 1889/1, desenvuelto por la Jurisprudencia y por el art. 201 del Reglamento Hipotecario de 1915.

b) Respecto del art. 117.3 de la Constitución EDL 1978/3879, debe recordarse que, como expresa la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1995 EDJ 1995/5691, el citado precepto constitucional, “lo que consagra es la potestad exclusiva y excluyente de los Juzgados y Tribunales para ejecutar lo juzgado en los procesos de que ellos conozcan según las reglas de competencia y procedimiento que las leyes establezcan y, en consecuencia, el referido monopolio de las actividades de ejecución se circunscribe a lo juzgado por los propios órganos jurisdiccionales”. De ahí que sea admisible no sólo la existencia de apremios administrativos, sino también la posibilidad de que el acreedor tenga derecho a enajenar un bien específico del deudor (“ius distrahendi”) porque lo permita una norma legal (v.gr., art. 45 de la Ley de sociedades Anónimas EDL 1989/15265, sobre enajenación de acciones por cuenta y riesgo del socio que se halle en mora en la obligación de desembolso de dividendos pasivos) o en virtud de un negocio jurídico, como los constitutivos de prenda o hipoteca (cfr., para la primera el art. 1.872 del Código Civil EDL 1889/1 -que ni siquiera exige para la enajenación de la prenda 2 por ante Notario” que se haya pactado expresamente- y, para la segunda, el art. 129, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria de 1946 EDL 1946/59, sin que la omisión de esta posibilidad en el Código Civil EDL 1889/1 pueda interpretarse como una muestra de la voluntad del legislador de admitir el procedimiento sólo para la prenda y no para la hipoteca, sino más bien como una consecuencia de la autonomía de la legislación hipotecaria como remisión a ella por parte del art. 1.880 del Código EDL 1889/1).

La enajenación forzosa constituye un mero desenvolvimiento de la eficacia de la hipoteca, de suerte que, “in nuce”, tal enajenación está en el mismo acto de constitución de la hipoteca (cfr. Artículo 1.858 del Código Civil EDL 1889/1 y Resolución de 8 de noviembre de 1990 EDD 1990/10162). Habida cuenta de la elasticidad y carácter abstracto del dominio, cabe constituir un derecho real, como el de hipoteca, que confiere a su titular el “ius disponendi” sobre una cosa ajena, la perteneciente al deudor, sobre la que se constituye la garantía, para el caso de incumplimiento de la obligación asegurada. Como expresa la exposición de motivos del Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo EDL 1992/14886, “la ejecución de la hipoteca constituye el ejercicio de un derecho privado -el derecho del acreedor a la enajenación de la cosa hipoteca- que puede efectuarse privadamente cuando así se ha pactado”.

Lo que ocurre es que, conforme a la interdicción del comiso contenida en el art. 1.859 del Código Civil EDL 1889/1 (que, por cierto, carecería de sentido si sólo se admitiera la ejecución judicial y no la manifestación de autotutela privada que ahora se cuestiona), no se trata de una enajenación que pueda realizar por sí solo el acreedor, en las condiciones libremente fijadas por él, sino una enajenación que ha de pasar por el tamiz de la dirección y del control de la legalidad que realiza el Notario (cfr. Artículo 236.2 del Reglamento Hipotecario EDL 1947/13 : “la enajenación del bien hipotecado se formalizará en escritura pública, después de haberse consignado en acta notarial el cumplimiento de los trámites y diligencias previstos en los artículos siguientes”).

Así, el título de adquisición del adjudicatario en dicho procedimiento queda integrado por la escritura de constitución de hipoteca, inscrita, y por la escritura de enajenación en ejercicio del “Ius distrahendi”, ya que una vez autorizadas ambas, el valor traditorio de la escritura y lo convenido por las partes al constituir la hipoteca produce la tradición adecuada para investir de dominio al adquirente.

Tampoco puede olvidarse que si se admite que la actividad de declaración de derechos puede apartarse del ámbito judicial por convenio de las partes que la someten a arbitraje, con mayor razón hay que predicar la validez de esa exclusión de la jurisdicción cuando los propios interesados acuerdan voluntariamente la realización de un derecho privado como la hipoteca mediante la enajenación del inmueble a través de un procedimiento cuya dirección se encomienda en nuestro ordenamiento a un funcionario público que auténtica hechos y formula juicios de los que, según la norma, deriva la consecuencia jurídica de la adjudicación del dominio al rematante y “la cancelación de la inscripción de la hipoteca ejecutada y de todos los asientos de cargas, gravámenes y derechos consignados en el Registro con posterioridad a ella” (cfr. Artículo 236.1.3 del Reglamento Hipotecario EDL 1947/13).

Por otra parte, es preciso tener en cuenta que el legislador ha previsto la ejecución extrajudicial de la hipoteca y otros derechos de garantía no sólo en leyes preconstitucionales (cfr., aparte otras disposiciones posteriormente derogadas y el mencionado art. 1872 del Código Civil EDL 1889/1 , los arts. 94 y 95 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de 16 de diciembre de 1954 EDL 1954/20, y la ley 469 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra de 1 de marzo de 1973 EDL 1973/838), sino también en leyes postconstitucionales, algunas de las cuales son incluso posteriores a la mencionada Sentencia de 4 de mayo de 1998 EDJ 1998/3142 : cfr. Artículos 322 y 323 del Código de comercio EDL 1885/1, sobre la prenda sobre valores cotizables, redactados por la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores EDL 1988/12634 (vid., también, la disposición adicional 6ª de la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la del Mercado de Valores EDL 1998/45814 , que se refiere a la ejecución extrajudicial de las prendas); el art. 14 de la Ley del parlamento de Cataluña 22/1991, de 29 de noviembre, de Garantías Posesorias sobre Cosa Mueble EDL 1991/14317 (que regula la enajenación del objeto pignorado, por subasta pública notarial); el art. 260 del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral de 7 de abril de 1995 EDL 1995/13689 (que entre los procedimientos que quedan en suspenso durante la liquidación de Entidades Aseguradoras, se refiere a los ejecutivos extrajudiciales); el art. 16 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles EDL 1998/44322 (que, después de su reforma por la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , se remite en el apartado 1 al proceso de ejecución previsto en esta última Ley, si bien en el apartado 2, letra “c” se prevé la enajenación en pública subasta, con intervención de Notario, siguiéndose en lo que sea posible las reglas del art. 1872 del Código Civil” EDL 1889/1 ; el art. 14.1, párrafo segundo, de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico EDL 1998/46128 (según el cual, el prestador de los servicios podrá recurrir al procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria para hacer efectivo el gravamen de carácter real para responder de las dos últimas cuotas de contempla específicamente dicha ley); y la disposición adicional 3.a1 de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre EDL 1998/46171 , que contempla la ejecución mediante subasta organizada por el Banco de España de la especial garantía de créditos a que se refiere dicha disposición.

Más recientemente, en fin, se ha pronunciado el legislador sobre la admisibilidad de la enajenación extrajudicial del bien inmueble hipotecado al establecer en el hoy vigente art. 129 de la Ley Hipotecaria EDL 1946/59 , según redacción que del mismo hace la disposición adicional novena, apartado 4, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , que la acción hipotecaria podrá ejercitarse directamente contra los bienes hipotecados sujetando su ejercicio a lo dispuesto por la propia ley procesal y que “Además, en la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al art. 1858 del Código civil EDL 1889/1 , para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada. La venta extrajudicial se realizará por medio de notario, con las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario EDL 1947/13 ”.

c) En relación con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado por la Constitución EDL 1978/3879 , no cabe sino traer a colación los razonamientos que contiene la Sentencia del Tribunal Constitucional 41/1981, de 18 de diciembre EDJ 1981/41 , en relación con la constitucionalidad del procedimiento judicial sumario que regulaba el hoy derogado art. 131 de la Ley Hipotecaria EDL 1946/59 y que dicha sentencia considera válidos para el procedimiento extrajudicial, al declarar que aunque en dicho procedimiento se limita extraordinariamente la contradicción procesal (falta la controversia entre las partes) no implica indefensión, porque la ausencia de fase de cognición conlleva el carácter no definitivo del procedimiento: no se produce el efecto de cosa juzgada y se deja abierta la puerta a un juicio declarativo; y añade que “...la ausencia de cognición parece tan esencial a la ejecución hipotecaria, que se halla presente por imperativo legal en la ejecución extrajudicial ante Notario... Nos hallamos, pues, ante una ejecución tan expeditiva como la judicial. Las causas de suspensión son, según el art. 236 del Reglamento Hipotecario EDL 1947/13 , las mismas que se prevén en el art. 132 de la Ley Hipotecaria EDL 1946/59 , con la diferencia, respecto de la ejecución judicial, de que la suspensión procede...”.

Después de afirmar que no se limitan las posibilidades de contradecir -que siguen abiertas en el juicio ordinario-, sino las de suspender, aduce otro argumento más para concluir que no se viola el art. 24 de la Constitución EDL 1978/3879 : “...el constituyente de la hipoteca ha consentido la posición en que el título ejecutivo le sitúa, ya que tal posición deriva de un negocio jurídico... Se puede afirmar que quien constituye una hipoteca se somete voluntariamente a un procedimiento con elementos de cognición limitados... Aquí no hay renuncia a la defensa frente a las pretensiones del acreedor, ni una renuncia a la tutela jurisdiccional. Mas no debe olvidarse que, al constituir la hipoteca, e consiente en que la defensa tenga una eficacia momentáneamente disminuida, por no ser apropiada para suspender la ejecución”.

d) Y, por último, por lo que concierne al principio de legalidad ex art. 9 de la Constitución EDL 1978/3879 , que el Auto apelado considera vulnerado, por entender que las normas reglamentarias que regulan el procedimiento extrajudicial no respetan la reserva de ley que el art. 117.3 de la Constitución EDL 1978/3879 prevé para “las normas de competencia y procedimiento”, debe advertirse que dicha “reserva de ley” únicamente entra en juego para los procesos en sentido estricto, mientras que tratándose, como ha quedado expuesto, del ejercicio privado -bajo control notarial- del “ius distrahendi” que está en la raíz de la hipoteca misma, y al no ser ésta una materia reservada explícitamente a la ley, nos encontramos ante el ejercicio normal de la potestad reglamentaria del Gobierno sobre la base del art. 129.2 de la Ley Hipotecaria EDL 1946/59 (cfr. Artículo 97 de la Constitución EDL 1978/3879).

Por todo lo anterior, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso, revocando el Auto apelado y la nota del Registrador.

Madrid, 13 de febrero de 2004.- La Directora General, Ana López-Monís Gallego.

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