

Los principios generales de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario (*)

por

M.^a ÁNGELES PARRA LUCÁN
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. MODIFICACIONES EN EL DERECHO DE HIPOTECA:
 - A) INTRODUCCIÓN.
 - B) HIPOTECA GLOBAL (HIPOTECA FLOTANTE):
 - a) *Introducción.*
 - b) *Elaboración de la norma.*
 - c) *Rasgos de la regulación actual.*
 - d) *Hipoteca global y ejecución.*
 - C) LIMITACIÓN DE LAS CLÁUSULAS INSCRIBIBLES:
 - a) *Introducción.*
 - b) *Elaboración de la norma.*
 - c) *El artículo 12 LH.*
 - d) *Las dudas que plantea el artículo 12. Consecuencias en el ámbito de la ejecución.*

(*) Versión escrita de la ponencia defendida en el curso «Nuevas contrataciones. Las ofertas de recompra con revalorización y la reforma hipotecaria», celebrado en el Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, el 1 de octubre de 2008.

- D) TÍTULO EJECUTIVO EN EL PROCEDIMIENTO HIPOTECARIO:
 - a) *La reforma del artículo 130 LH.*
 - b) *Valoración.*
 - E) HIPOTECA INVERSA.
 - F) SUBROGACIÓN Y MODIFICACIÓN DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.
 - G) HIPOTECA RECARGABLE.
 - H) TRANSMISIÓN DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS:
 - a) *Problemas que se planteaban antes de la reforma.*
 - b) *La modificación del artículo 149 de la Ley hipotecaria.*
3. MODIFICACIONES EN EL MERCADO SECUNDARIO.
4. OTRAS REFORMAS:
- A) MERCADO HIPOTECARIO Y SITUACIONES DE INSOLVENCIA.
 - B) ARTÍCULO 693 LEC.
 - C) HIPOTECA MOBILIARIA.
 - D) TRANSPARENCIA.
 - E) COMPENSACIÓN POR AMORTIZACIÓN ANTICIPADA.

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria, ofrece un contenido muy complejo y heterogéneo. Su objetivo principal declarado era el de conseguir un mercado hipotecario más flexible y se pretende lograrlo mediante una reforma sustancial de la Ley Hipotecaria y de la Ley del Mercado Hipotecario. Además de las novedades con más trascendencia mediática, de las que se han hecho eco los medios de comunicación y relacionadas con la hipoteca inversa, o ciertos beneficios arancelarios, realmente la Ley incide de manera directa en la configuración de la hipoteca y en su ejecución.

La Ley no ha pasado desapercibida entre los profesionales. Desde su promulgación y en los últimos meses se han organizado Jornadas, Congresos y Seminarios en los que han intervenido tanto los agentes económicos, representantes de las entidades financieras como miembros de colegios profesionales (notarios y registradores) con el objetivo de estudiar las incidencias provocadas por la nueva regulación en la actividad jurídica y económica del mercado hipotecario.

La Ley ha sido objeto de valoraciones bien diversas. Junto a valoraciones positivas, ha suscitado duras críticas, en especial, en la medida en que la flexibilidad puede suponer una merma de las garantías tanto en el mercado hipotecario primario como en el secundario. Incluso, la Asociación Hipotecaria Española, a quien se puede considerar como principal impulsora de las

medidas de flexibilización, y que en su conjunto valora positivamente la Ley, pese a entender que en algunos aspectos se ha quedado corta, ha denunciado, con razón cómo, debido a la premura de su elaboración, la Ley presenta defectos de forma y de redacción generadores de dudas interpretativas (1).

Ciertamente preocupa que la redacción de algunos preceptos de la Ley sea tan defectuosa. A ello hay que añadir que la falta de coordinación con otros textos legales (señaladamente, con la Ley de Enjuiciamiento Civil) dé lugar a diversas interpretaciones de algunos aspectos jurídicos claves de la reforma. El análisis del proceso de elaboración parlamentaria, la lectura de las enmiendas presentadas y aceptadas, el escaso debate producido no siempre aclaran el sentido que debe darse a algunos de los preceptos.

La Ley tiene su origen en un borrador elaborado en el seno de la Dirección General de los Registros y del Notariado por un grupo de trabajo coordinado por Javier GÓMEZ GÁLIGO y del que formaban parte representantes del Colegio de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, del Consejo General del Notariado y de la Asociación Hipotecaria Española. Este grupo se constituyó en 2005, para dar cumplimiento a la proposición no de Ley para la reforma del mercado hipotecario aprobada por la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 9 de marzo de 2005 y que aprobó, con modificaciones, la proposición no de Ley para la reforma del mercado hipotecario presentada por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso (2). En esta proposición no de Ley se instaba al Gobierno a adoptar medidas en los siguientes ámbitos:

- Ampliar y perfeccionar el régimen de transparencia en la contratación de préstamos y créditos vivienda, garantizando que los consumidores tengan acceso a toda la información necesaria para realizar su elección, incluyendo una comprensión suficiente del riesgo de tipo de interés y la posibilidad de suscribir instrumentos de cobertura del riesgo del tipo de interés en los préstamos hipotecarios.
- Facilitar la diversidad de productos ofertados.
- Actualizar la regulación de los instrumentos de financiación y de transmisión de riesgos a disposición de las entidades de crédito, con objeto de facilitar una asignación eficiente de los riesgos de crédito.
- Adecuar los costes arancelarios y registrales en las operaciones efectuadas al amparo de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, especialmente en materia

(1) Asamblea General de la Asociación Hipotecaria Española, Informe del Presidente, Madrid, 25 de junio de 2008, www.ahe.es.

(2) Publicada en el BOCG. Congreso de los Diputados, serie D, núm. 154, de 15 de febrero de 2005 en los siguientes términos (BOCG. Congreso de los Diputados», 21 de marzo de 2005, serie D. núm. 174).

de novación, para permitir que se puedan adaptar con más eficiencia las condiciones de los préstamos hipotecarios a las necesidades cambiantes de las familias. Así pues, se continuarán reduciendo los gastos relacionados con las novaciones y subrogaciones de préstamos hipotecarios.

El 27 de octubre de 2006 fue sometido a Audiencia Pública un Anteproyecto de Ley de modernización del mercado hipotecario, de regulación del régimen de las hipotecas inversas y del seguro de dependencia (3), y el 9 de marzo de 2007 el Gobierno presentó el proyecto de Ley (4). En la elaboración del texto, y sobre la base del borrador elaborado por el grupo formado en la Dirección General de los Registros y del Notariado, y dada la trascendencia de los aspectos económicos de la materia, había participado de forma importante el Ministerio de Economía y Hacienda. Acordada su tramitación por el procedimiento de urgencia, la Ley fue aprobada a finales de ese mismo año. Publicada en el *BOE* de 20 de diciembre de 2007, entró en vigor el 9 de diciembre de 2007 (cfr. Disp. Final décima).

Las hipotecas «han venido perdiendo peso» en las carteras de las entidades desde que en 2005 tocaran techo. En este sentido, los expertos insisten en que las fuentes de financiación de las entidades españolas «están más diversificadas», lo que contribuye a «una mayor estabilidad de sus resultados» (5). Pese a ello, es indudable la trascendencia del crédito hipotecario en la economía y en el sistema financiero español. La financiación en los mercados mayoristas se realiza a través de un amplio conjunto de instrumentos financieros, de entre los que destacan los de renta fija (40 por 100 del saldo vivo en 2007). En segundo lugar se sitúa la titulización de activos (34 por 100 del saldo vivo en 2007). Dentro de los valores de renta fija destacan las cédulas hipotecarias (38 por 100 del saldo vivo en 2007), los bonos y obligaciones (32 por 100), que se caracterizan por ser emisiones a largo plazo, y los pagarés (26 por 100). La situación que atraviesan los mercados financieros implica que las entidades han encontrado más dificultades para emitir títulos a largo plazo, de tal modo que han intensificado las emisiones de pagarés (6). Para el año 2007, el 41,3 por 100 del saldo hipotecario se encontraba financiado con emisiones de títulos con respaldo hipotecario y los ac-

(3) Puede consultarse en www.tesoro.es/doc/sp/legislacion/entramitacion/Audiencia/Sleg3296.pdf.

(4) BOCG. Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, serie A, núm. 127-1, de 9 de marzo de 2007.

(5) Datos del Servicio de Estudios del BBVA, recogidos en elEconomista.es, 1-10-2007.

(6) Banco de España. Informe de Estabilidad Financiera 04/2008. Madrid, 2008 (accesible en <http://www.bde.es/informes/be/estfin/infestfin.htm>).

tivos subyacentes con origen en el crédito hipotecario respaldaban el saldo vivo existente hasta alcanzar el 57,3 por 100 (7).

En el año 2007 se produce el contagio de la crisis *subprime* estadounidense a las entidades financieras de otros países, y aunque los expertos destacan la alta calidad de las emisiones españolas y que se parte de un bajo nivel de activos dudosos, parece evidente que la crisis hace aparecer problemas de morosidad. Según los datos publicados por el Banco de España entre diciembre de 2007 y marzo de 2008 la ratio de morosidad se incrementó 0,3 puntos, tanto para los hogares como para las sociedades no financieras, observándose un repunte algo más acusado en la rama de la construcción y los servicios inmobiliarios (0,4 puntos), si bien el nivel alcanzado sigue siendo reducido tanto en términos históricos como en comparación con otros países de nuestro entorno (8). En el último mes, sin embargo, la morosidad ha aumentado más que en los últimos cinco años.

Según los datos publicados por la Asociación Hipotecaria Española, en términos absolutos, el saldo gestionado registró un incremento mensual de 3.481 millones de euros, situando el crecimiento neto acumulado del crédito hipotecario durante el primer semestre de 2008 en 33.460 millones de euros, frente a los 80.679 millones alcanzados durante el mismo periodo de 2007. Así, la actividad hipotecaria durante el segundo trimestre del año 2008 registra un descenso significativo respecto a la de trimestres anteriores y se sitúa en volúmenes similares a los alcanzados en los años 2001-2002 (9).

En este contexto económico, ¿qué supone la promulgación de la Ley 41/2007 de reforma del mercado hipotecario y de la Ley Hipotecaria? La Exposición de Motivos de la Ley, con sus afirmaciones relativas a la expansión del crédito hipotecario y del crecimiento del mercado español de cédulas hipotecarias en los últimos años, se encuentra bien alejada de la actual situación de desconfianza de los inversores y de la profunda «desaceleración» de los últimos meses. Ello ha llevado al presidente de la Asociación Hipotecaria Española en la Asamblea General celebrada el 25 de junio de 2008 (10) a afirmar que, con el nuevo marco regulador, «cuando la economía y el mercado vuelvan a reactivarse, las entidades de crédito estarán en condiciones de ofrecer una amplia gama de productos más flexibles, capaces de adaptarse en

(7) AIAF, *Informe Anual. El mercado de renta fija en el años 2007* (www.bolsasmercados.es) (www.aiaf.es).

(8) Banco de España. Informe de Estabilidad Financiera 04/2008. Madrid, 2008 (accesible en <http://www.bde.es/informes/be/estfin/infestfin.htm>).

(9) Asociación Hipotecaria Española, «Resumen del Informe trimestral de los mercados hipotecarios europeos de la Federación Hipotecaria Europea. Resultados primer trimestre de 2008» y «Actividad crediticia hipotecaria de junio de 2008» (www.ahe.es).

(10) Asociación Hipotecaria Española, «Asamblea General de la Asociación Hipotecaria Española, Informe del Presidente, Madrid, 25 de junio de 2008» (www.ahe.es).

el tiempo a las necesidades de las familias, que con la normativa anterior no eran legalmente visibles».

La necesidad de una reforma de flexibilización del mercado hipotecario se ha puesto en relación con la exigencia derivada de la integración de los mercados hipotecarios europeos. Sin entrar en este punto, sí parece preciso advertir de lo escasamente avanzado que en este terreno se encuentran los trabajos de la Unión Europea, sin que sea irrelevante la falta de competencia de la Unión Europea en materia de derecho de propiedad. El 18 de diciembre de 2007, la Comisión presentó un Libro Blanco del Crédito Hipotecario Europeo (11). Se trata de un documento elaborado por la Comisión en el que, continuando los trabajos de consulta e investigación iniciados en el año 2003, se señalan los beneficios de una mayor integración y los obstáculos que impiden la creación de un mercado hipotecario único. La Comisión cree que para alcanzar estos objetivos es preciso seguir trabajando a fin de elaborar el conjunto de medidas más adecuado considera que los extremos esenciales que es preciso abordar son los siguientes: la información precontractual; el tipo de interés anual efectivo (TAE); la concesión responsable de los préstamos y la amortización anticipada.

Es difícil predecir cuál será la práctica de las entidades financieras y el éxito de algunas de las figuras que permite la Ley 41/2007. Para los juristas se impone un análisis de la misma que detecte las consecuencias que las modificaciones en la configuración del derecho de hipoteca van a suponer en los principios de accesoriedad y determinación o especialidad y, con ello, en la situación jurídica de acreedor, deudor y de otros terceros interesados, en especial en el ámbito de la ejecución. También, en segundo lugar, las consecuencias de la nueva regulación en las garantías de los títulos del mercado hipotecario.

2. MODIFICACIONES EN EL DERECHO DE HIPOTECA

A) INTRODUCCIÓN

La hipoteca se define como un derecho real de garantía y a partir de su regulación la doctrina ha deducido como caracteres fundamentales que rigen su estructura y vicisitudes los que derivan de los principios de accesoriedad y especialización.

(11) Commission of the European Communities, *White Paper on the Integration of EU Mortgage Credit Markets (presented by the Commission)* [SEC(2007)] 1683] [SEC(2007)] 1684], Brussels, 18.12.2007. COM(2007) 807 final.

El principio de accesoriadad de la hipoteca respecto al crédito garantizado significa que la hipoteca no puede existir de manera independiente, sino que está vinculada, desde que nace, al crédito que garantiza, cuyas vicisitudes sigue, sólo se transmite con él y con él se extingue (arts. 1857.1.º, 1.876, 1.528 CC): se consideran, por ejemplo, reflejos de la accesoriadad que la nulidad de la obligación determine la nulidad de la hipoteca, o que la extinción del crédito implique la extinción de la hipoteca. La accesoriadad ofrece matices especiales cuando se trata de hipoteca en garantía de una obligación condicional o futura (suele explicarse que el principal efecto frente a tercero es una «reserva de rango» si el crédito llega a nacer).

El principio de accesoriadad impide, según es entendido por la generalidad de la doctrina, la llamada «*hipoteca del propietario*», es decir, aquella hipoteca que nace sin crédito al que garantizar, y para la que el propietario de la finca hipotecada se reserva la facultad de elegir qué obligación quedará garantizada con la misma.

El principio de accesoriadad se vería afectado también si prosperara la llamada *eurohipoteca*, que en este momento no pasa de ser una propuesta de origen privado conforme a la cual, la hipoteca sería independiente de la existencia de una determinada deuda personal, lo que permitiría constituir la antes de que exista un crédito y permitiría también que la misma hipoteca sirva para asegurar, sucesivamente, créditos diferentes, sin que fuera preciso cancelar una hipoteca tras la extinción del crédito por el pago porque es la misma hipoteca la que se utiliza para garantizar un nuevo crédito (SÁNCHEZ JORDÁN).

El principio de especialidad o de determinación está relacionado con el carácter constitutivo que para la hipoteca tiene la inscripción registral, y exige una perfecta determinación del contenido de lo publicado (arts. 12 y 119 LH y arts. 216 y sigs. RH). Se trata de un principio de organización registral que, para garantizar la eficacia del sistema (oponibilidad, fe pública registral), requiere que queden perfectamente determinados la finca sobre la que recae la hipoteca, el crédito garantizado y la suma por la que responde la finca hipotecada.

En las llamadas *hipotecas de máximo*, el principio de especialidad presenta rasgos propios. Se consideran hipotecas de máximo aquellas que, por asegurar obligaciones de cuantía incierta cuando se constituyen, contienen una cifra máxima de responsabilidad hipotecaria (arts. 12 LH y 219.1.º RH). Por ejemplo, cuando la hipoteca asegura intereses variables, o intereses de demora, costas y gastos, la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, la hipoteca de contraaval y la hipoteca en garantía de obligaciones cuyo pago deba hacerse en moneda extranjera, donde su cuantía depende del tipo de cambio que en el momento del pago rija para la correspondiente divisa. La obligación no está inicialmente determinada, y el máximo lo que determina es el límite máximo de riesgo de los terceros que adquieren derechos sobre la finca hipo-

tecada: cifra máxima de la que responderá la finca, también cuando exista un tercer poseedor, o cuando haya acreedores posteriores inscritos (CORDERO).

Además, y puesto que la finalidad de la hipoteca es garantizar al acreedor frente al incumplimiento del deudor, en el ámbito de la ejecución, la accesoriedad de la hipoteca se traduce en que el contenido del derecho del acreedor garantizado vendrá determinado, no por el contenido de la obligación garantizada, sino en la medida en que se haya incumplido. En definitiva, que será en la ejecución, cuando se liquide la cuantía debida, cuando se concrete la cuantía exacta de la que va a responder la finca hipotecada.

En los últimos años se ha planteado en España el debate acerca de si el principio de accesoriedad y el principio de especialidad se oponen a la constitución de una única hipoteca que garantice diversas obligaciones, presentes y/o futuras, conforme a una práctica habitual en los negocios, en cuya virtud o bien se concede, generalmente por una entidad de crédito y a favor de un empresario, una línea abierta de crédito (*hipotecas en garantía de una línea abierta de crédito*) o bien surgen varias obligaciones de las relaciones que las partes mantienen a lo largo del tiempo (*hipoteca global o hipoteca flotante*).

La Dirección General de los Registros y del Notariado había venido manteniendo con anterioridad a la nueva Ley una postura muy restrictiva, pues sostuvo que la *hipoteca global* contraviene el principio de determinación de la obligación garantizada (al no exigirse en las escrituras que las distintas obligaciones estén causalizadas por una única relación jurídica subyacente) y el de accesoriedad (porque asegura obligaciones absolutamente futuras, independientes de toda relación, de forma que la hipoteca puede ser independiente y desconectarse de cualquier crédito). Frente a estas doctrinas, la Ley 41/2007 introduce un nuevo artículo 153 bis LH en el que regula de manera expresa la hipoteca flotante o global, sometiéndola a un nuevo régimen legal.

Aunque no es un presupuesto legal la condición de empresario del deudor, en la elaboración de la Ley se daba por supuesto que se trata de una figura dirigida a financiar a las pequeñas y medianas empresas. El empresario podrá valorar la conveniencia de someter su propiedad a un gravamen de manera anticipada, incluso antes de que exista ninguna obligación que garantizar, si con ello obtiene una mayor probabilidad de obtener crédito de la entidad. La entidad estará más dispuesta a conceder crédito si ya dispone de una garantía a su favor. Con este tipo de argumentos se da la vuelta a una de las objeciones que la Dirección General había formulado a la hipoteca global: al bloquear el inmueble gravado y encadenar al deudor, decía la DGRN, se limita su crédito territorial sin justificación.

Otra figura discutida es la llamada *hipoteca recargable*, introducida en Derecho francés en el año 2006. Inicialmente los autores del proyecto de ley no tenían dudas acerca de su introducción pero, como diré después, no ha

sido regulada de manera expresa. Se trata de una técnica de refinanciación a través de la cual la entidad crediticia concede un nuevo crédito, presentándolo como ampliación del crédito inicial, y aprovechando que el cliente ha amortizado ya parte del mismo, de modo que la ampliación tiene el tope de la suma ya amortizada. Se trata de conservar la hipoteca inicial e, incluso, de extender su cobertura al nuevo crédito concedido con el argumento de que, en realidad, si no se supera la cifra de responsabilidad hipotecaria, la ampliación del crédito original debe gozar de una garantía de igual rango al que tenía inicialmente. La Dirección General de los Registros y del Notariado había negado esta posibilidad que entendía contraria, entre otros, al principio de accesoriedad.

La Dirección General ha venido argumentando que «admitir la utilización de una hipoteca constituida para la seguridad de un crédito para dar posteriormente cobertura real a otro, sea totalmente independiente del primero o el resultado de una ampliación del hasta entonces existente, aunque por haberse reducido la deuda garantizada cupiera en todo o parte el importe del segundo dentro de la suma de responsabilidad hipotecaria establecida en su momento. Ello supondría admitir una modalidad de hipoteca próxima a la conocida en Derecho Comparado como de propietario, reiteradamente rechazada por este Centro Directivo como incompatible con aquellos principios de accesoriedad e indivisibilidad» (Resolución de 17 de enero de 2002).

Sin modificar la Ley Hipotecaria, la Ley 41/2007 da nueva redacción al artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación de los préstamos hipotecarios, y plantea la duda acerca de si se ha introducido la hipoteca recargable o, sencillamente, tal y como ya había admitido la Dirección General, se limita a reconocer legalmente la posibilidad de que se inscriba la modificación consistente en ampliar el capital, sin que ello suponga novación extintiva, pero sin que se extienda la cobertura de la primera hipoteca al nuevo capital prestado.

En definitiva, ambas figuras (hipoteca global e hipoteca recargable) recogen una aspiración de las grandes entidades de crédito de fidelizar a los clientes, al propiciar que adquieran un monopolio, una exclusiva sobre un deudor. La perspectiva de la Ley no es exactamente la del jurista, que contempla la hipoteca desde el punto de vista de la garantía real que media entre un acreedor y un deudor. La perspectiva de la reforma es la de una entidad que comercializa productos financieros y desea que los clientes de crédito acudan siempre a ella para obtener financiación. Esta idea queda confirmada con claridad en la regulación de la hipoteca flotante y en la modificación de la subrogación hipotecaria. La cuestión es determinar en qué medida esta nueva perspectiva se acomoda bien con los principios civiles y registrales y con las normas sobre ejecución.

Pueden hacerse, inicialmente, algunas observaciones:

1. Hay unos rasgos técnicos en la nueva Ley que suponen una revisión de la interpretación tradicional de los principios del Derecho Hipotecario, en particular del de la accesoriedad de la hipoteca con respecto al crédito.

Me he referido ya a la hipoteca global introducida en el artículo 153 bis LH. No llega a admitirse una hipoteca independiente, porque para la ejecución de la hipoteca será necesario que el crédito nazca y sea exigible, pero casi. El «deudor» no podrá cancelar la hipoteca durante el tiempo establecido en la constitución de la hipoteca aunque no haya nacido ninguna obligación ni vaya a nacer en el futuro.

Se aprecia también una disociación entre el crédito y la hipoteca que lo garantiza en la nueva regulación de la cesión del crédito hipotecario y la transmisión de la hipoteca (art. 149 LH). No llega a admitirse la transmisión aislada de la hipoteca, pero sí que se transmita un crédito y que, hasta la formalización de la escritura y su inscripción, el cesionario no pase a ser acreedor hipotecario.

2. Se reducen las funciones calificadoras del registrador y, en consecuencia, se produce un aumento de la «judicialización» (en ejecución) de la revisión del contenido de las escrituras hipotecarias.

La nueva redacción de los artículos 12 y 130 LH es confusa, y de hecho ha dado lugar a diversas interpretaciones, pero parece que en la ejecución, el juez deberá calificar:

- si es título ejecutivo el que se presenta, aun basándose en extremos que figuren en el título y en el asiento pero que no se han calificado por el registrador (por ejemplo, cláusula de vencimiento anticipado por impago de una comisión, o de un gasto de escritura o de un impuesto que, según la DGRN, no era inscribible pero que ahora debe ser transcrita en el asiento registral);
- si quedan cubiertas por la garantía hipotecaria y, en consecuencia, cuál es el alcance exacto de la cobertura y del sobrante, a efectos del artículo 692 LEC, ciertas obligaciones sobre pago de gastos o comisiones recogidas en la escritura y en el asiento registral.

Este incremento del control judicial debe ser especial en la hipoteca global, donde la entidad financiera puede presentar para la ejecución directa una serie de documentación acreditativa de la existencia y exigibilidad de las obligaciones garantizadas y que, por definición, no aparecen determinadas en el título ejecutivo, sin que el deudor ejecutado pueda oponerse a su inexistencia, inexigibilidad, nulidad..., debiendo esperar a formular su reclamación en el declarativo correspondiente (arts. 695 y 698 LEC).

B) HIPOTECA GLOBAL (HIPOTECA FLOTANTE)

a) *Introducción*

La Ley 41/2007 introduce en la Ley Hipotecaria, de 8 de febrero de 1946, un nuevo artículo, el 153 bis, con la siguiente redacción:

«También podrá constituirse hipoteca de máximo:

- a) a favor de las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas;
- b) a favor de las Administraciones Públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social, sin necesidad de pacto novatorio de los mismos.

Será suficiente que se especifiquen en la escritura de constitución de la hipoteca y se hagan constar en la inscripción de la misma: su denominación y, si fuera preciso, la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas; la cantidad máxima de que responde la finca; el plazo de duración de la hipoteca, y la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado.

Podrá pactarse en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura.

Al vencimiento pactado por los otorgantes, o al de cualquiera de sus prórrogas, la acción hipotecaria podrá ser ejercitada de conformidad con lo previsto en los artículos 129 y 153 de esta Ley y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

De esta forma, dentro de los límites establecidos en el artículo 153 bis LH, se admite la llamada hipoteca global o hipoteca flotante. Como explica CORDERO, la cláusula que identifica una hipoteca global es aquella por la que se pacta la inclusión en la cobertura de la garantía de un número ilimitado de obligaciones que no están determinadas al constituirse la hipoteca, pero que son determinables conforme a los criterios de integración pactados por las partes: la cobertura en garantía es global porque no existe asignación de cuotas separadas de valor en garantía para cada obligación.

Estas hipotecas suponen una anticipación del gravamen. El deudor que otorga una hipoteca anticipada lo hace para tener la oportunidad de obtener crédito de manera continuada y a un coste menor. El acreedor, ya garantizado, otorgará más fácilmente el crédito. Pero para ello el deudor está gravando ya sus bienes y vinculándose a un acreedor determinado.

Se ha defendido que la hipoteca flotante o hipoteca global es una necesidad exigida por la realidad y por los operadores económicos. Con anterioridad de la reforma, algunos autores se habían manifestado claramente a favor (CORDERO, criticando la postura de la DGRN, que no la admitía).

En efecto, tras una postura inicial que admitió la inscripción (por ejemplo, Resolución de la DGRN de 5 de marzo de 1929) así como la ejecución por medio del procedimiento judicial sumario (Resolución de 28 de febrero de 1933, de 16 de junio de 1936), la DGRN ha venido entendiendo durante años que la hipoteca global es incompatible con el principio de determinación de la obligación garantizada y de la accesoriedad de la hipoteca (Resolución de 11 de enero de 1995, de 6 de junio de 1998 y de 7 de junio de 1999). En definitiva, la DGRN no admitía que con un único máximo de responsabilidad hipotecaria una sola hipoteca pudiera servir de garantía a varias obligaciones, y exigía la asignación de una cuota de valor separada para cada obligación.

Para que pudiera practicarse la inscripción, la DGRN exigía en estos casos: 1) la refundición de todas las obligaciones que se trataban de garantizar en una sola, y 2) la existencia de una relación jurídica básica de la que derivaran las obligaciones garantizadas. Como el problema era que, por aplicación de los principios de accesoriedad y especialidad, no se admitía que una hipoteca garantizara obligaciones diferentes, se entendía solucionado el problema si se constituía la hipoteca en garantía de una obligación futura que sería el resultado de novar otras o agrupando todas las obligaciones pendientes, por ejemplo, en un reconocimiento no novatorio o en una apertura de crédito con finalidad solutoria. Lo que sucede es que la novación extintiva supondría la pérdida para las obligaciones de sus garantías específicas.

Aunque en algunas Resoluciones posteriores la DGRN mantuvo una postura más flexible (Resolución de 1 de junio de 2006, de 26 de septiembre de 2006), la hipoteca global no es admitida hasta la reforma de 2007.

Se ha defendido la reforma con el argumento de que responde a una necesidad práctica. Desde luego, se trataba de una aspiración de las grandes entidades financieras. La Resolución de la DGRN, de 12 de septiembre de 2003, pone de manifiesto las dificultades y vericuetos a que debía enfrentarse la constitución de una hipoteca global antes de su admisión expresa por el ordenamiento (12).

(12) En el caso, se trata de la posibilidad de inscribir una escritura de hipoteca de máximo constituida en garantía del saldo que arroje una cuenta en la que se cargarán, por la mera voluntad del Banco acreedor, las liquidaciones que sean consecuencia del incumplimiento del «acreditado» derivadas de tres pólizas de crédito que se identifican en la escritura, copias de las cuales se incorporan igualmente a la misma. Respecto de una de ellas, se dice que la hipoteca se extiende a la posterior o posteriores renovaciones del crédito, siempre y cuando tal renovación, que podría documentarse en una nueva póliza de crédito o préstamo, traiga causa de la póliza ya otorgada. Estas obligaciones pueden ser de principal, intereses, comisiones o cualquier otro concepto. Además, el Banco puede cargar en la citada cuenta los gastos que, habiéndose pactado que sean de cuenta del deudor, sean finalmente satisfechos por el Banco, como son los gastos e impuestos que se deriven de la escritura, de las previas no inscritas, las de cancelación, en su día, los gastos judiciales o extrajudiciales que se causen para exigir el cumplimiento del contrato o de

Afirma la Dirección General:

«SEGUNDO. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que *no es posible inscribir en el Registro de la Propiedad aquellas hipotecas que tienen por finalidad garantizar con una sola hipoteca todas aquellas obligaciones, existentes y futuras, que haya o pudiera llegar a haber entre acreedor y deudor* (cfr. Resoluciones de 23 de diciembre de 1987 [RJ 1987, 9722], 3 de octubre de 1991 [RJ 1991, 7491] y 10 de julio de 2001 [RJ 2001, 5910], entre otras). Esta clase de hipoteca viene recibiendo la denominación de *flotante*, con lo que se quiere expresar que la hipoteca “flota” sobre las diversas obligaciones garantizadas para, en el momento en que el acreedor desee ejecutar alguna, algunas o todas las que siendo vencidas, líquidas y exigibles no hayan sido satisfechas, dejar caer la hipoteca sobre la obligación u obligaciones incumplidas que el acreedor desee que estén cubiertas con la garantía hipotecaria y ejecutar ésta con la preferencia que respecto a otros acreedores deba tener el acreedor a consecuencia de la naturaleza del derecho real y la fecha de la inscripción en el Registro.

Es típico de esta clase de contratos emplear la técnica de la apertura de crédito en cuenta corriente, aunque, examinados con atención, no hay en ellos verdadera apertura de crédito ni verdadera cuenta corriente. Síntomas típicos de esta patología suelen ser la indeterminación de las obligaciones garantizadas, al menos respecto de las futuras, el depender exclusivamente de la voluntad del acreedor qué obligaciones quedan finalmente cubiertas por la garantía y qué obligaciones no, y la presencia del pacto en virtud del cual las obligaciones garantizadas no pierden su identidad (ya que se pretende con ello que conserven las otras garantías que le sean accesorias) por el hecho de ser introducidas en la cuenta, o sea, dicho de otro modo, la introducción de una de las obligaciones en la cuenta, que es el acto que implica el estar garantizada por la hipoteca, *no implica la novación de la misma.* Esto es lo que este Centro Directivo viene denominando como *mera reunión contable* de diversas obligaciones que carece de virtualidad para provocar el nacimiento de una obligación sustantiva e independiente por el saldo resultante.

cualesquiera de sus obligaciones, incluidos los honorarios de letrado y procurador, aunque la intervención de alguno o de ambos sea potestativa, y las primas de seguro e intereses de obligaciones anteriores, si los hubiere. Se pacta expresamente que, una vez cargados en la cuenta corriente especial, los saldos de todas o cualesquiera de las operaciones amparadas por la presente hipoteca, dichas operaciones se entenderán novadas, total o parcialmente, en su caso, por la cuenta especial. La hipoteca se constituye hasta un máximo por principal, un máximo de intereses moratorios y un máximo en concepto de costas y gastos. Se fija una fecha de cierre improrrogable de la cuenta y se pacta la posibilidad del cierre anticipado de la misma, señalándose las circunstancias en que el Banco puede dar por vencida la cuenta. La Registradora suspende, además de por otros defectos que no han sido recurridos, por no configurarse como una verdadera hipoteca en garantía de cuenta corriente, desde el momento en que las obligaciones garantizadas no pierden su autonomía para ser sustituidas por el saldo definitivo que arroje la cuenta a su cierre y por no quedar suficientemente determinadas las obligaciones garantizadas, que incluyen además posibles renovaciones de una póliza de crédito, en realidad obligaciones futuras que no pueden garantizarse con obligaciones presentes.

TERCERO. *En el presente caso ocurre, sin embargo y ante todo, que se dice expresamente que la introducción de cualquiera de las obligaciones garantizadas en la cuenta implica su novación.* Ocurre también que la indeterminación típica de las obligaciones garantizadas es en este caso muy relativa, ya que están garantizadas las obligaciones derivadas de tres pólizas de crédito que están incorporadas a la escritura y que, por tanto, están perfectamente determinadas. Es cierto que se habla en la escritura de la posibilidad de renovar el crédito de una de las pólizas a través del otorgamiento de una o varias pólizas nuevas en el futuro y que estos créditos han de entenderse también cubiertos por la garantía hipotecaria. No obstante, esta indeterminación no impide de manera absoluta la inscripción de la hipoteca, que podría llevarse a cabo suspendiendo la extensión de la misma a estas obligaciones futuras sin determinar.

CUARTO. *En cambio, sí persiste en el presente caso el elemento de arbitrariedad a favor del acreedor a la hora de decidir, entre las obligaciones garantizadas, cuáles se introducen en la cuenta y cuáles no y, sobre todo, decidir cuándo se introducen.* Más concretamente, se pacta: “Se establece que el Banco el acreedor queda expresamente autorizado a efectuar, en cualquier momento, cargos en dicha cuenta siempre que sean generados por incumplimiento de la parte acreditada respecto de las obligaciones garantizadas”. Es necesario hacer notar que la escritura no contiene ningún pacto en virtud del cual el saldo deudor de la cuenta, en caso de llegar a producirse, devengue intereses remuneratorios a favor del acreedor. Naturalmente, esto, en sí mismo, no constituye inconveniente alguno para la inscripción de la hipoteca, pero ayuda a comprender la finalidad práctica de la operación. El sistema perfeñado habría de funcionar del modo siguiente: Líquida, vencida y exigible que fuera una obligación de pago por parte del “acreditado” que trajera causa de las pólizas por él suscritas e incorporadas a la escritura, el Banco podría optar entre proceder ejecutivamente al margen de la hipoteca, cargar en la cuenta la obligación que ha quedado incumplida, que resultaría así novada y ya no sería exigible sino, si al cerrarse la cuenta, ésta arrojaré un saldo deudor, o no hacer nada, dejando que la obligación insatisfecha devengue los intereses de demora pactados (que, en dos de las pólizas incorporadas son del 29 por 100). De estas tres opciones, no tiene sentido elegir la segunda, pues de ello no se deriva ninguna ventaja para el acreedor y sí el inconveniente de que la cantidad adeudada deja de devengar intereses. En consecuencia, el dilema real consiste en tener que elegir entre la primera y tercera opciones. Si finalmente se decide por la última, con ello el Banco no renuncia a ejecutar al margen de la hipoteca en cualquier momento que le pueda interesar hacerlo (a salvo siempre la prescripción de la acción), pero si se acerca la fecha de cierre de la cuenta sin haber ejecutado la obligación y ésta todavía permanece impagada, podrá introducirla en la cuenta poco antes del cierre, incluyendo por supuesto los intereses de demora devengados, y al poco, de no ser satisfecho el saldo al cierre, ejecutar la hipoteca por el total adeudado dentro del límite máximo fijado. En definitiva, líquida, vencida y exigible alguna de las obligaciones derivadas de las pólizas, el Banco podrá optar entre ejecutar al margen de la hipoteca o conceder una espera, con los intereses de demora correspondientes, hasta el momento del cierre de la cuenta a cambio de, en caso de no resultar satisfecha durante esa espera, poder ejecutarla con la garantía hipotecaria ahora constituida. Natural-

mente, los intereses de demora devengados, cuando se introduzcan en la cuenta, estarán cubiertos con la hipoteca siempre que no se sobrepase en conjunto la cifra máxima de capital garantizado por principal, ya que, una vez ingresados en la cuenta, los intereses dejan de ser tales por el efecto novatorio. Esto implica que los intereses moratorios devengados, una vez convertidos en principal adeudado, devengarían nuevos intereses de demora si, al cierre de la cuenta, el deudor no satisface el saldo deudor. No obstante, ello no implica un verdadero y propio pacto de anatocismo, proscrito por la doctrina de este Centro Directivo, a consecuencia de la novación, pero no está de más recordar que el efecto práctico es el mismo.

QUINTO. De los fundamentos anteriores resulta que *la escritura, que es objeto del recurso, soslaya algunos de los principales obstáculos que, para su inscripción, presentan este tipo de hipotecas y que son, de alguna manera, los que aprecia la Registradora en su nota. Sin embargo, persiste uno de ellos, cuál es el hecho de quedar al arbitrio del acreedor si la deuda líquida, vencida y exigible se ha de introducir o no en la cuenta y, sobre todo, el momento en que tal introducción puede hacerse*. De manera que, aunque ya no se refiera la hipoteca a un conjunto indeterminado de obligaciones tan sólo identificadas por las personas de acreedor y deudor y aunque lo exigible ya no sea una mera reunión contable de esas obligaciones, sino un verdadero y propio saldo deudor, lo cierto es que la hipoteca sigue flotando y sigue quedando al arbitrio del Banco sobre qué obligaciones y en qué momento ha de caer su manto protector, sin que haya en ello verdadera concesión de crédito, sino tan sólo de espera cuando el Banco lo considere conveniente y a cambio de la garantía hipotecaria y con el límite máximo de responsabilidad por principal fijado. Una hipoteca así configurada vulnera el artículo 1.256 del Código Civil y es contraria al principio *pars conditio creditorum* (cfr. art. 1.925 del Código Civil).

b) *Elaboración de la norma*

En el anteproyecto de Ley sometido a audiencia pública el 26 de octubre de 2006 por el Ministerio de Economía y Hacienda, aparecía ya la propuesta inicial de regulación de esta figura (13).

(13) «También podrá constituirse hipoteca de máximo a favor de entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras. Será suficiente que se especifiquen en la escritura de constitución y se hagan constar en la inscripción: la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas; la cantidad máxima de que responde la finca; el plazo de duración de la hipoteca; y la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado. Podrá pactarse en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura. Al vencimiento pactado por los otorgantes, o al de cualquiera de sus prórrogas, la acción hipotecaria podrá ser ejercitada de conformidad con lo previsto en los artículos 129 y 153 de esta Ley y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Entre las propuestas de modificación formuladas al anteproyecto de Ley de modernización del mercado hipotecario por la Asociación Hipotecaria Española, de fecha 5 de diciembre de 2006, se sugería que se incluyera la expresión «*sin necesidad de pacto novatorio de las mismas*» al nuevo artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria que se introducía en el Anteproyecto. La inclusión de este párrafo pretendía, por un lado, garantizar que esta nueva posibilidad de movilizar el patrimonio no se vería gravada en un futuro próximo (reglamento, decreto, etc.) con ningún tipo de tasa o arancel cada vez que hubiera de experimentar alguna modificación en las deudas que garantiza. Por otro lado, evitar dudas interpretativas que pudieran afectar a la creación y desarrollo de los productos vinculados a esta figura, agilizando a la vez la inscripción registral. Esta propuesta fue incorporada a la redacción del proyecto de Ley de 9 de marzo de 2007 presentado en las Cortes (14). Lo cierto es que la expresión «*sin necesidad de pacto novatorio de las mismas*» lo que significa, desde el punto de vista jurídico-civil, es que cada obligación conserva su individualidad.

c) *Rasgos de la regulación actual*

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 153 bis LH sólo puede constituirse hipotecas globales a favor de: *a)* entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 LMH, y *b)* a favor de las Administraciones Públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social. La principal preocupación de la Ley se refería a las entidades de crédito, y de hecho inicialmente en el proyecto de Ley no se hacía referencia alguna a las Administraciones Públicas.

La Ley exige que se especifiquen en la escritura de constitución de la hipoteca y se hagan constar en la inscripción de la misma su *denominación* (como si siempre fueran nominados y típicos) y, si fuera preciso, la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas; la cantidad máxima de que responde la finca; el plazo de duración de la hipoteca, y la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado:

- a) La descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas

Se trata de una cláusula de globalización, es decir, la escritura debe fijar los criterios de integración de las obligaciones asegurables. Por ejemplo, esta-

(14) BOCG. Congreso de los Diputados, núm. 127-1.

blecer que la hipoteca asegurará todas las operaciones de descuento bancario, o todos los pagos por avales presentados por el deudor. No será raro que en las escrituras se establezca que la hipoteca garantiza todas las operaciones bancarias existentes entre las partes. De esta forma, la entidad asegura que, sea cual sea la fecha del crédito, su protección derivará de la inscripción de la hipoteca.

b) La cantidad máxima de que responde la finca

Puesto que la hipoteca global puede garantizar un número indeterminado de obligaciones y algunas de ellas ser futuras, no está determinada la cuantía y, necesariamente, la hipoteca debe configurarse como de máximo. Se exige un único máximo común a toda la cobertura, aunque la cobertura puede garantizar a una pluralidad de obligaciones que, inicialmente, están sin determinar. Esta exigencia legal vendría a referirse, precisamente, al rango y a la protección de los acreedores.

Es discutible si resulta aplicable el límite del artículo 114 LH, por lo que se refiere a la cobertura de los intereses y su oponibilidad a terceros. Para las hipotecas de máximo previstas en el artículo 153 LH suele entenderse que no es preciso distribuir la responsabilidad entre las diferentes partidas de principal, intereses remuneratorios e intereses de demora, y que los intereses pueden computarse dentro de la cantidad máxima asegurada y, de hecho, lo normal es que se integren como una partida más de la cuenta (ROCA SASTRE, PRETEL). Pero la hipoteca global, a diferencia de lo que sucede con la hipoteca del artículo 153 LH, no asegura la devolución de un saldo final, sino una pluralidad de obligaciones, por lo que debe jugar el límite del artículo 114 LH (en este sentido, CORDERO y AZOFRA).

Se ha denunciado que la redacción del artículo 153 bis LH vulnera el principio de la *par condicio creditorum*, pues las obligaciones que finalmente decida la entidad, que quedan cubiertas por la hipoteca, tendrán preferencia a los derechos de otros acreedores, con independencia de que estén constituidos en escritura pública o reconocidos por sentencia de fecha anterior (MARTÍNEZ-GIL VICH).

La objeción de que la hipoteca global infringe el principio de la *par condicio* había sido contestada razonablemente por CORDERO, en monografía dedicada a esta figura, con el argumento de que no hay daño para los potenciales acreedores porque la publicidad del gravamen asegura una información suficiente sobre la existencia de la afección en garantía y el montante máximo en que la misma les va a ser oponible.

La cuestión merece ser analizada con más detalle, y sobre todo se plantea en sede de ejecución, a lo que me refiero en el siguiente apartado (d. *Hipoteca global y ejecución*).

c) El plazo de duración de la hipoteca

La norma exige que se fije la duración de la «hipoteca», no de la obligación garantizada. Tiene sentido en una hipoteca en la que el principio de accesoriedad respecto del crédito adquiere rasgos propios, porque esta hipoteca no está necesariamente asociada al vencimiento de una o varias concretas obligaciones. La hipoteca, que supone la afectación de un bien a deudas inicialmente indeterminadas no debe tener una duración indefinida, lo que evita que el bien quede perpetuamente amortizado a favor del acreedor hipotecario (cfr. Resolución de la DGRN de 4 de julio de 1984, que señalaba la falta de plazo como una objeción con arreglo a los principios hipotecarios).

Lo que sucede es que el cliente se ve obligado a soportar una hipoteca durante el tiempo pactado, aun cuando no haya nacido ninguna obligación ni vaya a nacer en el futuro, lo que merece algún comentario. Se trata de una norma que favorece fundamentalmente a las entidades financieras, que han captado a un cliente que no puede liberar el bien de la hipoteca y contratar con otras entidades que le pudieran formular mejores ofertas de crédito. En efecto, el artículo 82 LH requiere el consentimiento del acreedor para cancelar la hipoteca, por lo que si no concurre este presupuesto el «deudor», que no es deudor, no podrá lograr la cancelación de la hipoteca «vacía».

Se ha denunciado, además, que hubiera sido deseable que se reconociese un derecho de desistimiento del deudor y un plazo a partir del cual la hipoteca se pudiese cancelar por caducidad (CORDERO). Con anterioridad a la Ley 41/2007 era frecuente la inclusión de un pacto de desistimiento que excluyera la cobertura para el futuro, esto es, sin afectar a los créditos que ya hubieran podido nacer. La mayoría de la doctrina crítica que en la Ley no se haya recogido esta posibilidad (DELGADO, MARTÍNEZ GIL-VICH). En contra de esta crítica ha argumentado que el deudor podría exigir, pese al silencio de la ley, la cancelación de la hipoteca cuando todas las obligaciones presentes estén satisfechas, acudiendo a un juicio declarativo en caso de que la entidad se negara, al amparo de lo dispuesto en el artículo 82.III LH (en ese sentido, AZOFRA).

En mi opinión, y puesto que la ley introduce la necesidad de que se fije un plazo, será difícil que, con la sola cita del artículo 82 LH, pueda el juez cancelar la hipoteca. El precepto permite obtener en juicio ordinario la cancelación cuando proceda la cancelación y el acreedor se niegue a dar su consentimiento, pero no parece que sea el caso que nos ocupa, pues no es seguro que proceda la cancelación cuando se ha pactado un plazo de duración. Cuestión diferente será que, en algún caso, por las circunstancias, pueda considerarse que el plazo fijado no es tal (por equivaler a una hipoteca perpetua, a la vista de su duración), o que es contrario a la buena fe y permite, bien acudir a la doctrina jurisprudencial del desistimiento en las relaciones jurídicas indefinidas bien a declarar la nulidad del plazo por su carácter abusivo.

d) La forma de cálculo del saldo final líquido garantizado

Además, establece el artículo 153 bis LH que podrá pactarse en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura.

Al vencimiento (de las obligaciones) pactado por los otorgantes, o al de cualquiera de sus prórrogas, la acción hipotecaria podrá ser ejercitada de conformidad con lo previsto en los artículos 129 y 153 de esta Ley y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (último párrafo del art. 153 bis LH).

Aunque no se diga expresamente debe entenderse que esta hipoteca no es ejecutable por medio del procedimiento extrajudicial de ejecución de hipotecas, por impedirlo los presupuestos de esta forma de ejecución (la exigencia de determinación inicial de la deuda, art. 253 LH) y como, por otra parte, es doctrina habitual en el ámbito de la ejecución de la hipoteca del artículo 153 LH (GARCÍA GARCÍA, CORDERO).

d) *Hipoteca global y ejecución*

En el Anteproyecto de Ley de modernización del mercado hipotecario, de regulación del régimen de las hipotecas inversas y del seguro de dependencia hecho público el 27 de octubre de 2006 para audiencia pública por el Ministerio de Economía y Hacienda, se preveía una modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se refería únicamente a la certificación de cargas y a la nota marginal de expedición de la certificación, añadiendo en los artículos 656.1 y 688.2 LEC previsiones acerca de la necesidad de que en la certificación y en la nota marginal se hiciera referencia al saldo final exigible (15). Las normas proyectadas eran confusas pues, por ejemplo, la referencia a que la certificación de cargas hiciera referencia al saldo final sólo tendría sentido si ese saldo final hubiera tenido previamente acceso al Registro, lo que no se exige en ninguna otra norma. Ninguna modificación de la Ley de Enjuiciamiento pasó al proyecto ni a la Ley sobre esta materia.

(15) Disposición Final segunda. Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. 1. Se añade un nuevo número 3 al apartado 1 del artículo 656 de la Ley con la siguiente redacción:

«3. Importe del principal reclamado o del saldo final exigible en caso de hipoteca de máximo».

2. Se modifica el primer párrafo del apartado 2 del artículo 688 de la Ley, que pasa a tener la siguiente redacción:

«El registrador hará constar por nota marginal en la inscripción de hipoteca que se ha expedido la certificación de dominio y cargas, expresando su fecha, la existencia del procedimiento a que se refiere y el importe del principal reclamado o el saldo final exigible en caso de hipoteca de máximo».

Los principales problemas de la hipoteca global o flotante se plantean en sede de ejecución. En la práctica anterior a la Ley 41/2007 se incluían en las escrituras de constitución de la hipoteca cláusulas en cuya virtud las relaciones entre las partes podían quedar reflejadas en una cuenta corriente. De esta forma se intentaba disponer de un título ejecutivo preparado de manera unilateral por la entidad de crédito y sin necesidad de contar con el consentimiento posterior del deudor, de conformidad con los artículos 153 LH, 572 LEC y 245 RH. Puesto que no se trata de un contrato de cuenta corriente y las diferentes obligaciones garantizables con la hipoteca podrían estar documentadas en títulos diferentes, se pactaba también que la aportación de estos documentos integraría el título ejecutivo (art. 517 LEC).

Para algunos autores, la ejecución de la hipoteca global con arreglo al procedimiento judicial sumario sólo sería posible si se acudiera al procedimiento previsto en el artículo 143 LH (nota al margen de la inscripción obligatoria cuando se contraiga la obligación futura). Pero el inconveniente para las entidades de crédito de esta forma de acceso a la ejecución es que la nota marginal sólo puede practicarse (art. 238 RH), en defecto de documento público que instrumente la obligación (lo que exigiría, para la hipoteca global, que todas las obligaciones garantizadas se documentaran en instrumento público, con el gasto que ello supone), mediante solicitud firmada por ambas partes (es decir, lo que pretenden evitar las entidades de crédito, con el consentimiento del deudor).

El nuevo artículo 153 bis LH establece que podrá pactarse en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura. Al vencimiento pactado por los otorgantes, o al de cualquiera de sus prórrogas, la acción hipotecaria podrá ser ejercitada de conformidad con lo previsto en los artículos 129 y 153 de esta Ley y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

De esta forma, mediante la remisión del artículo 153 bis al artículo 153 LH, lo que hace el legislador es admitir expresamente la posibilidad de ejecución por medio de certificación del saldo por parte de la entidad de crédito para la hipoteca global, que es una hipoteca diferente de la del artículo 153 (hipoteca en garantía de cuenta corriente de crédito). La DGRN había mantenido una postura contraria, pues entendía que el principio de igualdad de los contratantes únicamente encontraba excepción en la hipoteca del artículo 153 LH y que esta forma de liquidación presuponía una relación básica de crédito ya vinculante (Resoluciones de 26 de noviembre de 1990 y de 11 de enero de 1995).

Puesto que, por definición, en el título constitutivo de la hipoteca global no está determinada inicialmente la obligación garantizada, ni siquiera su existencia, es preciso proceder a la integración del título para poder llevar a cabo la

ejecución cuando se incumpla la obligación nacida y garantizada. La Ley opta por el modo más sencillo, la remisión al artículo 153 LH. La certificación del saldo por parte de la entidad integra el título ejecutivo precisamente porque una de las exigencias que establece la Ley es que se fije la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado y, además, puede pactarse en el título, y será lo normal, que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura. De esta forma, *en el nuevo régimen legal se establece que la liquidación efectuada por la entidad financiera, eso sí, conforme al procedimiento pactado en la escritura de constitución, no solo liquida la deuda, sino que incluso acredita su existencia. La responsabilidad del deudor es exigible partiendo entonces de la presunción de certeza que el legislador atribuye a la certificación de la entidad.*

Esta opción del legislador ha sido sometida a crítica, pues el hecho de que se le atribuya en un contrato, normalmente de adhesión, la facultad de certificar el saldo puede resultar insuficiente cuando no se trata de hipoteca en garantía del saldo de una cuenta corriente. La hipoteca flotante no lo es. Si lo que se está garantizando es la existencia de una pluralidad de obligaciones futuras, *a priori* no determinadas, sin que se exija ni una conexión causal, ni un negocio jurídico subyacente se ha considerado excesivo que quede en manos de una de las partes la posibilidad de fijar las concretas obligaciones que se garantizan de manera unilateral (cfr. art. 1.256 CC). En este sentido, se ha podido hablar de una situación de indefensión en la que queda el deudor, pues la certificación no sólo certificará el saldo, no sólo se referirá a la cuantía, sino que además se referirá a la existencia de las obligaciones sin contar con el consentimiento del deudor (MARTÍNEZ-GIL VICH).

La ejecución de la hipoteca global obliga a revisar algunos aspectos relacionados con los problemas de cuáles son los títulos aptos para la ejecución (y la integración extrarregistral del título) y la limitación de causas de oposición admisibles en el ejecutivo sumarial. Ninguna modificación de la Ley procesal se ha llevado a cabo sin embargo por la Ley 41/2007, por lo que se refiere a la ejecución de la hipoteca global.

Por lo que se refiera al *título apto para instar la ejecución* es posible, en primer lugar, que el título constitutivo de la hipoteca (basta la certificación del Registro de la Propiedad que acredite la inscripción y subsistencia de la hipoteca cuando se trata de las entidades crediticias a que se refiere el art. 685.4 LEC) vaya acompañado de los títulos de crédito revestidos de los requisitos requeridos para el despacho de ejecución (art. 685.2 y art. 517 LEC: escritura pública, póliza intervenida...).

Estos títulos deben documentar y acreditar el nacimiento, vencimiento y cuantía de las obligaciones. Para despachar la ejecución, el juez debe examinar que los títulos no adolecen de ninguna irregularidad formal (art. 551 LEC).

Cabe, incluso, que esos títulos sirvan para practicar la nota marginal a que se refiere el artículo 143 LH, que permite al acreedor acudir al procedimiento judicial sumario.

Además, y en segundo lugar, el artículo 153 bis LH permite el pacto, y por ser esto lo que más interesa a las entidades crediticias, será lo corriente en la práctica, en cuya virtud será posible que se ejercite la acción hipotecaria integrando el título constitutivo con la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes.

La remisión del artículo 153 bis al artículo 153 LH podría hacer dudar si debe interpretarse como que basta, en caso de haberse pactado en la escritura de constitución de la hipoteca, con la certificación del saldo de la entidad acreedora (párrafo 5 del art. 153) o si es preciso acompañar esa certificación del saldo del «documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo», que es lo que exige el artículo 573 LEC. En mi opinión, puesto que el artículo 153 LH quedó modificado por lo dispuesto en el artículo 573 LEC, debe entenderse que no bastaría con la certificación del saldo, y que es preciso que venga refrendada por la intervención de un fedatario.

Pero es cuestión discutida, y da lugar a prácticas desiguales en los Juzgados, como explica M. A. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, precisar el contenido de las operaciones que debe realizar el notario antes de expedir el documento fehaciente: para unos, bastaría con que el notario examine de modo sumario las partidas de la cuenta, según el extracto que le presente la entidad mientras que según otra opinión, que me parece preferible, el fedatario debe realizar un examen previo de las operaciones que hayan llevado a la fijación de ese saldo, con la finalidad de que el deudor pueda valorar si la cantidad que se le reclama es la efectivamente debida. Si estas dudas se han suscitado hasta ahora en la aplicación del artículo 573 LEC, no cabe duda de que la cuestión es más compleja cuando se trata de una hipoteca global.

En este procedimiento, las *causas de oposición están muy limitadas* (art. 695 LEC), por lo que todas las reclamaciones no comprendidas en las causas de oposición admitidas, incluidas las que versen sobre vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda deben ventilarse en un declarativo ulterior (art. 698 LEC). En este último caso no se suspende la ejecución, si bien se puede solicitar la retención del remate para preservar la pretensión del demandante.

Puesto que, como he venido diciendo, la entidad financiera puede fijar unilateralmente no sólo la cuantía, sino también la propia existencia de las obligaciones garantizadas, el deudor ejecutado puede quedar en una situación de indefensión. La integración extrarregistral del título necesaria en este tipo de hipotecas no ha ido acompañada de una reforma de la LEC que permita analizar los títulos presentados por la entidad ni tampoco revisar nuevas causas

de oposición diferentes de las que, *numerus clausus*, recoge el artículo 695 LEC. Con todo, el juez deberá examinar la demanda y los títulos y documentos que se acompañen para comprobar si existe título ejecutivo y se adecua a lo previsto en el artículo 153 bis LH.

El deudor presta inicialmente su consentimiento al firmar la escritura de constitución de la hipoteca, y deberá consentir para el nacimiento de cada una de las obligaciones posteriores que vaya contrayendo con la entidad, pero al final dependerá exclusivamente de ésta el determinar qué deudas quedan garantizadas por la hipoteca. Se otorga una fuerte presunción de certeza y veracidad a la certificación de la entidad.

Dudas especiales pueden plantearse cuando la deuda hubiera sido contraída por el deudor con un tercero que cede después su crédito a la entidad. ¿Puede la entidad acreedora someter el crédito adquirido por cesión (o aquellos en los que pueda subrogarse por pago) sin contar con la voluntad del deudor? En mi opinión, contra la voluntad del deudor, la respuesta debería ser negativa, y habrá que atender a la cláusula de globalización recogida en la escritura para determinar qué créditos quedan sometidos a la garantía hipotecaria y, en su caso, determinar si la conducta de la entidad puede considerarse abusiva, pues sin voluntad expresa en tal sentido es difícil deducir que el deudor quisiera garantizar con la hipoteca global deudas contraídas con terceros (parecidamente, CORDERO; contra, AZOFRA).

Otro grupo de problemas son los que plantea la hipoteca global cuando se pueden ver afectados derechos de terceros. *La cuestión es: ¿en qué medida la constitución de una hipoteca global puede afectar a otros acreedores?* En mi opinión, hay que distinguir según se trate de créditos posteriores o anteriores a la inscripción de la hipoteca global.

a) Cuando se trata de *créditos posteriores a la inscripción de la hipoteca global*, el nuevo acreedor («tercero») ya ha podido conocer la existencia de la hipoteca global y el máximo de que va a responder la finca hipotecada, por lo que no se le causa ningún perjuicio frente al que deba ser protegido por el hecho de que posteriormente se lleve a cabo la ejecución de esa hipoteca. Si hubiera sido diligente y su deudor no tuviera bienes suficientes para responder podía haber exigido otras garantías para contratar (un aval, por ejemplo, o la hipoteca sobre otros bienes...).

Con todo, debe observarse que la introducción de la figura de la hipoteca global beneficia en particular a los grandes acreedores financieros. Si existe una hipoteca global, los demás acreedores del deudor garantizado ya no le concederán crédito (o lo harán exigiendo garantías adicionales), pues siempre se verán postergados frente a la primera entidad. Ésta concederá avales, fianzas, líneas de crédito, y el deudor nunca podrá beneficiarse, durante el tiempo fijado en la escritura de constitución de la hipoteca, de mejores ofertas de otras entidades.

b) *¿Quid* cuando se trata de *créditos anteriores a la inscripción de la hipoteca*? La Ley permite constituir una hipoteca global en garantía de obligaciones «presentes y/o futuras». Cuando el tercero se convierte en acreedor, concede crédito al deudor, aunque no exija garantías adicionales, la hipoteca global puede no estar constituida, por lo que no hay publicidad de gravamen que le proporcione información sobre ninguna garantía. Si la entidad financiera a cuyo favor se constituye la hipoteca global puede incluir bajo su cobertura no sólo obligaciones futuras, sino también obligaciones ya nacidas, ¿puede entenderse que hay daño para otros acreedores, que pueden quedar postergados por créditos posteriores que acaban siendo garantizados por una hipoteca global?

En realidad, no debe perderse de vista que, aun cuando se tratara de una hipoteca ordinaria, ésta puede garantizar un crédito posterior a otros créditos del mismo deudor, de fecha anterior, y que quedarían postpuestos al hipotecario. El privilegio del crédito hipotecario no nace del crédito, sino de la inscripción (art. 1923.3.º CC) (16): Lo decisivo para determinar el rango entre un acreedor hipotecario y otro que no lo es resulta del acceso al Registro. Es irrelevante que esos créditos anteriores, que no han accedido al Registro, consten en escritura pública o reconocidos por sentencia, pues eso sólo les atribuye, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.924 del Código Civil, un privilegio general, pero siempre quedarían postergados respecto de un crédito hipotecario, aun cuando la hipoteca se hubiera constituido con posterioridad al crédito. La preferencia por orden de antigüedad de las fechas de las escrituras y de las sentencias es criterio decisivo «entre sí», cuando concurren varios créditos en escritura pública o reconocidos por sentencia firme, pero no frente a un crédito hipotecario.

Realmente, *frente al crédito hipotecario son preferentes*: determinados créditos a favor del Estado en concepto de impuestos sobre el mismo bien,

(16) Artículo 1923.3.º del Código Civil: Con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor, gozan de preferencia: Los créditos hipotecarios y los refaccionarios, anotados e inscritos en el Registro de la Propiedad, sobre los bienes hipotecados o que hubiesen sido objeto de la refacción.

Artículo 1.927 del Código Civil: Los créditos que gozan de preferencia con relación a determinados bienes inmuebles o derechos reales excluyen a todos los demás por su importe hasta donde alcance el valor del inmueble o derecho real a que la preferencia se refiera.

Si concurrieren dos o más créditos respecto a determinados inmuebles o derechos reales, se observarán, en cuanto a su respectiva prelación, las reglas siguientes:

1. Serán preferidos, por su orden, los expresados en los números 1 y 2 del artículo 1.923 a los comprendidos en los demás números del mismo.

2. Los hipotecarios y refaccionarios, anotados o inscritos, que se expresan en el número 3 del citado artículo 1.923 y los comprendidos en el número 4 del mismo, gozarán de prelación entre sí por el orden de antigüedad de las respectivas inscripciones o anotaciones en el Registro de la Propiedad.

o de los aseguradores del bien en concepto de primas del seguro y en ambos casos hasta los límites establecidos (art. 1923.1.º y 2.º CC), determinados créditos salariales (art. 32 ET) y los créditos a favor de la comunidad de propietarios derivados de la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos generales con los límites del artículo 9.1.e) LPH.

Los acreedores de créditos preferentes a los que se ejecuten con la hipoteca global *no podrán interponer una tercera de mejor derecho*. Puesto que el artículo 698 LEC remite al juicio que corresponda todas las reclamaciones que no estén incluidas en los artículos 695 y siguientes, y legitima para ello no sólo al deudor ejecutado sino al tercer poseedor y a cualquier interesado, debe entenderse que no debería admitirse en la ejecución sumaria una tercera de mejor derecho (STS de 5 de noviembre de 1992 y auto AP Barcelona, de 20 de septiembre de 2006).

Si el *crédito hipotecario concurre con otros créditos hipotecarios o con créditos refaccionarios anotados o inscritos*, o con créditos anotados preventivamente (art. 1923.4.º CC) (17), el inscrito en primer lugar tiene preferencia sobre los demás. El criterio, entonces, de manera general, no es el de la antigüedad del crédito, sino que se resuelve atendiendo a la prioridad temporal en la inscripción. Las objeciones que puedan hacerse a este criterio son las mismas, se trate de una hipoteca global o de una hipoteca ordinaria. También en el caso de una hipoteca ordinaria la inscripción de la hipoteca de un crédito posterior puede ser anterior a la anotación de embargo de un crédito anterior, y tiene preferencia la hipoteca.

Aun cuando el tema es discutible (18), parece preferible entender —con GULLÓN— para el caso en que el crédito garantizado por hipoteca es anterior a la anotación preventiva de embargo sobre el mismo bien, y la escritura de la hipoteca es anterior a la anotación de embargo, pero la inscripción de la hipoteca es posterior, no son preferentes ninguno de los dos créditos y, en tal caso, el problema debe resolverse atendiendo al privilegio general según el artículo 1924.3.º del Código Civil (fechas de las escrituras y de las sentencias). La misma solución debe mantenerse cuando se trata de una hipoteca global.

(17) Artículo 1923.4.º del Código Civil: Con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor, gozan de preferencia: Los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad, en virtud de mandamiento judicial, por embargos, secuestros o ejecución de sentencias, sobre los bienes anotados, y sólo en cuanto a créditos posteriores.

(18) La jurisprudencia no ha mantenido una postura uniforme y en ocasiones ha considerado preferente al crédito hipotecario (sentencias de 21 de febrero de 1975, 5 y 19 de octubre de 1981) y, en otras, al embargo anotado (sentencias de 8 de abril de 1965 y 10 de marzo de 1973).

C) LIMITACIÓN DE LAS CLÁUSULAS INSCRIBIBLES

a) *Introducción*

Las escrituras de constitución de hipoteca constituyen un complejo enmarañado de cláusulas en las que se incluyen numerosas obligaciones a cargo del deudor. Al amparo de su función calificadora, los registradores han negado en ocasiones la inscripción de algunas de estas cláusulas (art. 18 LH: los registradores calificarán... la validez de los actos dispositivos contenidos en la escritura pública), generalmente con el argumento de que recogían extremos ajenos al derecho real de hipoteca que es objeto de inscripción (art. 9.3 LH) o de que se trata de estipulaciones, pactos o cláusulas que carecen de trascendencia real (art. 51.6 RH).

El artículo 12 LH, con anterioridad a la reforma de 2007, establecía que: «Las inscripciones de hipoteca expresarán el importe de la obligación asegurada y el de los intereses, si se hubieran estipulado». La redacción de esta regla, además de asegurar que en la inscripción quedara delimitado la deuda garantizada, trataba de establecer que la garantía hipotecaria se extendía a los intereses.

La pregunta que se plantea es la de si se inscribe la hipoteca o el crédito hipotecario. La cuestión no es meramente retórica ni terminológica, pues tiene consecuencias prácticas importantes en la ejecución hipotecaria. En efecto, el tema está vinculado con la ejecución y con la posibilidad o no de integrar extrarregistralmente el título ejecutivo (art. 130). Si sólo se inscribe la hipoteca, pero no todas las cláusulas pactadas entre las partes, y si sólo puede despacharse ejecución conforme a los extremos que hayan accedido al Registro, no es irrelevante la determinación de lo que debe acceder al Registro. De manera más amplia, la cuestión está relacionada con la idea de la flexibilidad de la hipoteca, con la admisión de la hipoteca independiente, es decir, si puede existir una hipoteca aunque no haya crédito garantizado.

Pueden advertirse dos posturas enfrentadas:

- Según una primera tesis, al Registro de la Propiedad únicamente debe acceder los escuetos elementos esenciales del crédito hipotecario, dejando lo demás fuera del Registro, simplemente documentado en el título notarial, que es la base de la ejecución judicial. Esta postura doctrinal, ciertamente minoritaria, es coincidente con las opiniones reflejadas en los informes de la Asociación Hipotecaria Española, que representa los intereses de los grandes acreedores financieros.
- La opinión mayoritaria, sin embargo, no es ésta. La opinión común es la de que, por razones de seguridad jurídica, sólo puede oponerse a terceros las cláusulas debidamente inscritas en el Registro de la Propiedad, por gozar de la necesaria publicidad.

El problema es que la redacción del texto del artículo 12 LH, finalmente aprobado, no es muy claro, y puede dar lugar a interpretaciones diferentes.

b) *Elaboración de la norma*

El anteproyecto sometido a audiencia pública por el Ministerio de Economía y Hacienda, el 26 de octubre de 2006, contemplaba una modificación del artículo 12 LH, que pasaría a tener la siguiente redacción:

«Las inscripciones de hipoteca expresarán el importe de la obligación u obligaciones aseguradas y el de los intereses, si se hubiesen estipulado, o bien el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración».

La Asociación Hipotecaria Española, en su documento de posición al anteproyecto de Ley, criticó la redacción del texto denunciando «la cicatería con la que se plantea la necesaria reforma del artículo 12 de la Ley Hipotecaria podría seguir afectando seriamente al desarrollo de nuevos productos permitiendo la configuración de nuevas islas de indefinición e inseguridad jurídica, y manteniendo la actual condición de autocensura previa que tantos problemas viene planteando para la innovación comercial» (19).

(19) Continuaba el documento: «Estamos convencidos de que esta opinión es compartida también mayoritariamente por la comunidad de juristas españoles incluidos, por supuesto, los cuerpos más directamente implicados en el proceso generador de hipotecas, los registradores y los notarios, ya que garantiza el desarrollo y consolidación del modelo hipotecario español frente a otras alternativas que ganan rápidamente terreno en los mercados extranjeros, como son el seguro y la caución. Esto hace especialmente inexplicable la cortedad de miras con la que se trata este punto fundamental de la reforma. *Debería ser suficiente la voluntad de las partes recogida en un documento formalizado y autorizado por el fedatario público para configurar y determinar formalmente la deuda de la que será accesoria la hipoteca y las reglas o pactos financieros que regularán su evolución en el tiempo, sin más limitaciones que las disposiciones legales imperativas o prohibitivas y el sometimiento único a las instancias judiciales.* Manteniendo el tratamiento actual del contrato en documento público en el proceso de constitución de la garantía, que no modifica el anteproyecto, se perpetuaría un importante factor de ineficiencia e inseguridad jurídica que es necesario eliminar definitivamente de nuestro mercados».

Todos estos aspectos ya fueron solicitados públicamente en el informe anual de la Asamblea de 2005 con los siguientes argumentos:

«(...) Recientes estudios encomendados por la Comisión a diferentes analistas internacionales sobre la eficiencia de los mercados hipotecarios regionales, coinciden en señalar al español como uno de los que tienen mayores dificultades para desarrollar nuevos productos y atender nuevos segmentos de actividad y clientes como consecuencia de la rigidez de nuestra legislación hipotecaria. El Congreso diagnostica certeramente esta necesidad cuando insta al Gobierno en su Proposición no de Ley a «Facilitar la diversidad de productos ofertados». *La actual configuración de la calificación registral introduce una notable inseguridad jurídica en el mercado, en la medida que permite que contratos*

El informe de la Asociación Hipotecaria Española apuntaba a una reducción de la calificación registral en aras, se decía, a una uniformidad en los asientos registrales y a una mayor flexibilidad de los productos que puedan acceder al Registro. En el resumen de las propuestas de modificación formuladas al anteproyecto de Ley se concluía que las modificaciones propuestas por la Asociación, «siendo respetuosas tanto con la fe pública como con el Registro, deben redundar en una mayor seguridad jurídica, menos trabas a la innovación y un considerable incremento de la competencia en beneficio de los ciudadanos». Desde este punto de vista se proponía la adición de un punto dos al artículo 12 de la Ley Hipotecaria:

«Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras de las operaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se inscribirán en los términos que resulten de la escritura de formalización, en tanto no sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas» (20).

idénticos en todas sus características sean inscritos sin reparos por unos registros y rechazados por otros, incluso en el mismo término municipal.

En un mercado moderno y eficiente no es asumible la existencia de islas territoriales de exclusión de determinados productos y menos aún, que estas situaciones sean sostenibles impunemente en el tiempo a pesar de los perjuicios que puedan producir en el mercado.

La excesiva discrecionalidad en la inscripción de las garantías inhibe necesariamente a los operadores nacionales en el desarrollo de nuevos productos y resulta incomprensible para los operadores europeos, que ven en ella una barrera insuperable para la distribución de sus productos y una grave obstrucción institucional a los esfuerzos desplegados desde todos los ámbitos políticos, legislativos, económicos y sociales para hacer un mercado eficiente y sin barreras a nivel europeo.

Estas discrepancias en la calificación son aún menos comprensibles cuando los contratos además de ser idénticos, han sido previamente autorizados por los profesionales del derecho a quienes el Estado atribuye en exclusiva la responsabilidad de autorizarlos y de dar fe de conformidad con la Ley. Y si estas dificultades están surgiendo en un mercado de productos limitados, sencillos, bien conocidos y con larga experiencia, parece evidente que en un mercado de productos más complejos, abiertos y renovados, el funcionamiento de la hipoteca como garantía en las circunstancias actuales sería, en la práctica, inviable.

Urge pues, revisar en profundidad la legislación hipotecaria, posibilitando fórmulas de hipotecas mucho más flexibles que las actuales sin pérdida de eficacia ante los tribunales.

Para ello *es necesario definir claramente el ámbito estricto al que debe limitarse la capacidad de calificación, sin solapes de ningún tipo con la actuación y responsabilidad notarial en la autorización de las escrituras, garantizar al máximo la unidad de criterio registral en todo el territorio nacional y crear un órgano independiente para la resolución urgente de los conflictos que puedan surgir en la práctica diaria».*

(20) La AHE entendía que, con la redacción que proponía, el artículo 12 de la Ley Hipotecaria, «no sólo mejoraría la capacidad de las entidades de crédito españolas para desarrollar y ofrecer nuevos productos, incrementando la competencia interna, sino que tendrían también cabida otros productos que hoy son habituales en los mercados

En un paso más a la hora de restringir el acceso al Registro de la Propiedad de las cláusulas pactadas en el título constitutivo de la hipoteca, el *proyecto de Ley* presentado por el Gobierno en las Cortes proponía la siguiente redacción para el artículo 12 (BOCG. Congreso de los Diputados, 9 de marzo de 2007):

«En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas.

En el Registro de la Propiedad sólo podrán inscribirse las cláusulas del contrato de préstamo o crédito o cualquier otra obligación garantizados con hipoteca previstas expresamente por la Ley».

En el «*Foro Hipotecario*» organizado por el Colegio de Registradores, celebrado el 18 de abril de 2007, con intervención de Jaime VEGAS (Catedrático de Derecho Procesal), y Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO (Catedrático de Derecho Civil), se denunciaron indicios de inconstitucionalidad en el proyecto, por quedar fuera del Registro cláusulas como las de vencimiento anticipado en caso de impago y las cláusulas financieras y, al mismo tiempo, disponer que la ejecución se hará con arreglo a las escrituras, no al título registrado, lo que podría dar lugar a indefensión. La opinión mayoritaria, expresada en esa sede, era la de que todas estas cláusulas deben ser inscritas (21).

La redacción final del artículo 12 LH, tal y como fue aprobada, es idéntica a las *enmiendas* que, de manera totalmente coincidente, presentaron al proyecto de Ley el Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia y Unió, enmienda núm. 46) y el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso (enmienda núm. 90). Ambas presentaban, a su vez, idéntica justificación:

«En el Proyecto se omite del artículo la referencia a la naturaleza, cualquiera que sea, de las obligaciones garantizadas y a la duración de la hipoteca. Considerando que, de un lado, debe incluirse la mención a la naturaleza de las obligaciones garantizadas, ya que debe concordarse su redacción con lo previsto en el nuevo artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, y, de otro, debe constar en el Registro un elemento esencial, de la obligación garantizada, de evidente interés para los terceros, como es el plazo o duración de la deuda, por lo que se propone adicionar el texto indicado en negrita en el primer párrafo.

europes. De esta forma, la hipoteca española se pondría también en línea con la exigencia de los mercados y de la Comisión de flexibilizar al máximo el concepto de accesoria de la hipoteca en todos los países en los que existe para incrementar la competencia transfronteriza y facilitar el acceso libre de los ciudadanos europeos a todos los productos hipotecarios. A la vez, se refuerza y reafirma la idoneidad de la hipoteca accesoria como garantía de máxima seguridad, sin contradicciones para la distribución de productos hipotecarios de activo y de pasivo en todos los mercados europeos».

(21) Foro Hipotecario del Colegio de Registradores, 18 de abril de 2007. Intervenciones de C. RODRÍGUEZ BRAUN, J. VEGAS TORRES, A. DOMÍNGUEZ LUELMO, R. SANZ COMPANY, F. CABRILLO RODRÍGUEZ (www.registradores.org).

La redacción del segundo párrafo del Proyecto no añade claridad al alcance de la inscripción del derecho real de hipoteca, pudiendo ser interpretado en un sentido limitativo de dicho alcance, sustrayendo de la información registral el contenido de cláusulas complementarias o definidoras de otras de carácter real o que por ser financieras debieran de recogerse en el asiento del Registro.

Además la seguridad del tráfico jurídico no permite omitir en la inscripción el contenido de todo lo pactado en el clausulado de la escritura de hipoteca, pues lo contrario, tal y como el Proyecto de Ley pretende, supone volver al sistema de clandestinidad anterior a la promulgación de la primera Ley Hipotecaria. Además la Federación Hipotecaria Europea y el Ministerio de Economía y Hacienda rechazan en sus recomendaciones y respuestas respectivas al Libro Verde de la Comisión de la Unión Europea sobre el “Crédito Hipotecario en la UE”, las hipotecas y cargas ocultas, por sus consecuencias negativas en el campo de la seguridad jurídica y en el mundo de la economía».

La curiosa coincidencia en la acogida de la modificación propuesta por la AHE en las enmiendas de los Grupos Parlamentarios de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, Catalán y Popular acabó teniendo su reflejo en el texto aprobado (22).

c) *El artículo 12 LH*

Finalmente, el artículo 12 LH queda redactado en los siguientes términos:

«En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración.

Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización».

(22) Muy parecidamente, la enmienda número 11 del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds proponía la siguiente redacción del párrafo segundo del artículo 12 LH: «Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras de las operaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resultan de la escritura de formalización en tanto no sean contrarias a normas imperativas o prohibitivas». La motivación aludía también a la necesidad de «dotar al Registro de la Propiedad, de carácter público, de mayor transparencia»: «Las cláusulas de las hipotecas no sólo interesan al prestamista y prestatario, sino a todos los terceros y especialmente a la Administración. Por ello, no pueden quedar ocultas. No es suficiente con conocer la cuantía del crédito y sus intereses. También son importantes sus condiciones».

La Exposición de Motivos aclara que:

«Otras medidas dirigidas a impulsar el mercado hipotecario de préstamos hipotecarios tienen por objeto precisar el contenido que haya de tener la inscripción del derecho real de hipoteca, evitando calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa. A tal fin se establece que en la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualesquiera que sea la naturaleza de estas y su duración. Las demás cláusulas financieras, tales como las relativas al vencimiento anticipado, garantizadas por hipoteca, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización, pero ello siempre que se haya obtenido la calificación registral favorable de las cláusulas de contenido real».

Es evidente el cambio entre la redacción proyectada y la aprobada. La redacción proyectada dejaba fuera del Registro todo el contenido del préstamo o del crédito garantizado por la hipoteca, salvo que una Ley estableciera otra cosa. La Exposición de Motivos del proyecto de Ley de 9 de marzo de 2007 aclaraba que:

«Otras medidas dirigidas a impulsar el mercado bancario de préstamos hipotecarios consisten en que en la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria; las demás cláusulas del contrato de préstamo, crédito o cualquier otra obligación garantizados con hipoteca no serán inscribibles, *salvo que la Ley dispusiera cosa distinta*».

Y por Ley sólo se prevé expresamente la inscripción en los siguientes casos:

- extensión al usufructo en la hipoteca de nuda propiedad (arts. 111, 134 y 107.2.º LH);
- pacto de que la hipoteca asegura intereses en perjuicio de tercero (art. 114 LH);
- pacto sobre venta extrajudicial del bien (art. 129 LH);
- pacto de que la obligación garantizada sólo se haga efectiva sobre los bienes hipotecados (art. 140 LH);
- pacto que pueda modificar o destruir la eficacia de la hipoteca —posposición, por ejemplo— (art. 144 LH);
- pacto sobre cancelación de la hipoteca (art. 157 IV LH).

Es especialmente relevante la inscripción de las causas de vencimiento anticipado. El artículo 693 LEC sólo se refiere expresamente a la inscripción

de la estipulación de vencimiento anticipado por impago de algunos de los plazos pactados. No hay referencia legal a la inscripción de otras cláusulas de vencimiento anticipado que con frecuencia se han venido recogiendo en las escrituras de hipoteca por el incumplimiento de las más diversas obligaciones (falta de concertación o del pago de las primas de un seguro, falta de pago de los gastos e impuestos...).

Existe, como ha quedado apuntado antes, una abundante doctrina de la DGRN acerca de la inscripción o no de muchas de estas cláusulas. El proyecto las dejaba fuera del Registro a todas ellas (art. 12). Al mismo tiempo, al establecer en el artículo 130 que la ejecución directa debía llevarse a cabo teniendo en cuenta tanto los extremos contenidos en el asiento como los contenidos en el título, todo el clausulado financiero que figuraba en el título pero no había accedido al Registro podría ser tenido en cuenta por el juez en la ejecución hipotecaria.

Ahora bien, el texto definitivamente aprobado dice otra cosa, pero lo hace de tal manera que no es de extrañar que se hayan producido interpretaciones contrarias:

- que la Ley impone la inscripción de todas las cláusulas financieras, sean o no de naturaleza real, previa calificación de su validez;
- que la Ley limita la calificación a las cláusulas de trascendencia real, obligando a la inscripción de las cláusulas financieras directamente y sin calificación, como si se tratara de un depósito de las mismas y dando lugar a una mera publicidad noticia.

En mi opinión, la redacción aprobada conecta con la interpretación que con anterioridad había mantenido la DGRN, en especial en la Resolución de 19 de abril de 2006 (23). Así lo expresa, de manera satisfecha, la DGRN en su Resolución de 21 de diciembre de 2007, recién aprobada la Ley:

(23) Afirma la Dirección General: «Resulta un *prius* lógico exigible al registrador que éste determine qué cláusulas no se inscriben por carecer de tal trascendencia jurídico-real y qué cláusulas sí son inscribibles, previa su calificación.

La calificación que debe efectuar el registrador, como núcleo de su función pública, tiene una premisa previa y es que la misma *se extiende a aquellos pactos que tienen trascendencia jurídico-real inmobiliaria, ya que son los únicos que deben acceder al Registro de la Propiedad*; de ese modo, calificación, como actuación jurídica que, primero ha de depurar lo que tiene tal trascendencia y lo que no y, segundo, como control de legalidad para determinar si lo inscribible puede acceder al Registro, constituyen el marco y límites a que debe sujetarse la actuación del funcionario calificador».

En el caso, el registrador deniega el acceso al registro de determinadas cláusulas por entender que las mismas contravienen la normativa de condiciones generales de la contratación y de defensa de consumidores y usuarios. Sin embargo, según la DGRN, tal posibilidad está vedada para el registrador por las siguientes razones:

«Siguiendo la tesis expuesta en esa Resolución de este Centro Directivo e incidiendo en esa línea de circunscribir la actuación del registrador al contenido de su verdadera función —calificación del contenido de los actos y negocios jurídicos y de las cláusulas de contenido real inmobiliario (art. 18 de la LH)—, porque así se deriva del ámbito objetivo al que se refiere la inscripción en el Registro de la Propiedad (arts. 1 y 2 de la LH y 4 y sigs. de su Reglamento), así como de los efectos de ésta —publicidad *erga omnes* de tales derechos reales inmobiliarios—, destaca la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que en su Exposición de Motivos proclama que las medidas contenidas en ella y dirigidas a impulsar el mercado hipotecario de préstamos hipotecarios “tienen por objeto precisar el contenido que haya de tener la inscripción del derecho real de hipoteca, evitando calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa”, añadiendo tal Exposición que “a tal fin se establece que en la

- Primera, porque el registrador no es un juez; por tanto, carece de la posibilidad de decidir la nulidad de una cláusula, que es condición general de la contratación, en los términos de su mismo razonamiento.
- Segunda, porque tratándose de condiciones generales de la contratación que, según la misma fundamentación del registrador se reputan abusivas, su calificación se debe sujetar a lo dispuesto en el artículo 258.2 de la Ley Hipotecaria. Tal precepto afirma que «el registrador denegará la inscripción de aquellas cláusulas declaradas nulas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios».

En consecuencia, habrá de estarse a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, según la redacción dada por la Ley 7/1998, de 13 de abril; tal apartado, lo único que hace es atribuir al juez que conozca de las pertinentes acciones la posibilidad de declarar nulas las condiciones generales de la contratación insertas en un contrato cuando las mismas sean abusivas, añadiendo la Disposición Adicional primera de esa Ley 26/1984, de 19 de julio, también incorporada por la Ley 7/1998, de 13 de abril, un elenco de cláusulas que pueden ser consideradas abusivas; enumeración que basta apreciar su inciso inicial es *ad exemplum*.

Tercera, lo anterior, esto es, la necesidad de que un juez declare la nulidad de la cláusula que es condición general de la contratación por abusiva, como requisito *sine qua non* para que el registrador deniegue el acceso al Registro de esa cláusula abusiva, previa la determinación de su trascendencia jurídico-real inmobiliaria, se deduce de la simple lectura de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación y las sentencias del Tribunal Supremo, de 12 de febrero de 2002, por las que se anularon diversos preceptos del Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

Así, en el apartado IV del preámbulo de la Ley 7/1998, de 13 de abril, se afirma que «la Ley parte de que el control de la validez de las cláusulas generales tan sólo corresponde a Jueces y Tribunales». Tal afirmación, obvia por otra parte, se reitera en las sentencias del Tribunal Supremo, de 12 de febrero de 2002, donde se sostiene que «la calificación como abusivas de las cláusulas corresponde, en exclusiva, a los jueces y tribunales».

En consecuencia, el procedimiento registral, por sus particulares caracteres, y la calificación, por su ámbito objetivo y medios de llevarse a cabo, no puede sustituir a la declaración judicial de nulidad de las cláusulas de un contrato que son condiciones generales de la contratación, por entender que las mismas son nulas de pleno derecho, al contravenir el artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio.

Habiendo el Registrador de la Propiedad basado su calificación en tal particular proceder, ha infringido los artículos 18 y 258.2 de la Ley Hipotecaria».

inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualesquiera que sea la naturaleza de estas y su duración”, de donde “las demás cláusulas financieras, tales como las relativas al vencimiento anticipado, garantizadas por hipoteca, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización, pero ello siempre que se haya obtenido la calificación registral favorable de las cláusulas de contenido real.

La conclusión lógica de esa voluntad del legislador es que respecto de la hipoteca, sea quien *sea el acreedor en cuyo favor se haya constituido y como regla general, el registrador sólo puede calificar y, por tanto inscribir si su calificación es favorable, las cláusulas de trascendencia jurídico-real inmobiliaria* que son el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración (art. 12, párr. primero de la LH).

Lo que sucede es que *como excepción* y, resultando aconsejable para el tráfico jurídico por la publicidad *con efectos de mera noticia* que dimana del asiento registral, respecto de las cláusulas que carecen de dicho contenido real, la Ley 41/2007 en la modificación del artículo 12 de la LH ha incluido un párrafo segundo que permite que, *respecto de las hipotecas constituidas a favor de las entidades financieras* a que se refiere la Ley 2/1981, de 25 de marzo, *además puedan hacerse constar en el Registro las cláusulas financieras, incluidas las de vencimiento anticipado, aun cuando carezcan de trascendencia real inmobiliaria y queden extramuros de la calificación.*

Ahora bien, respecto de estas cláusulas financieras, el registrador debe limitar su actuación a hacerlas constar en el asiento, esto es, a *transcribir sin más las mismas*, siempre que las de trascendencia jurídico-real inmobiliaria —las enumeradas en el párrafo primero del art. 12 de la LH— hubieran sido calificadas favorablemente. De este modo, la reforma de la Ley Hipotecaria acoge la tesis expuesta por este Centro Directivo —*vid. ut supra*, Resolución de 19 de abril de 2006, entre otras—, armonizando la importante función calificadora con el verdadero sentido y contenido de la misma, mas permitiendo que para determinadas hipotecas —las constituidas a favor de determinadas entidades financieras—, por razón de su especialidad y generalidad, además se transcriban en el asiento registral las cláusulas financieras.

Es más, incluso respecto de determinadas hipotecas —las denominadas de máximo— la voluntad flexibilizadora de la Ley 41/2007, cuando las mismas se han constituido a favor de las entidades a que se refiere la Ley 2/1981, de 25 de marzo, ha sido aún mayor, pues respecto de éstas dicha norma delimita aún más la calificación registral en cuanto a las obligaciones que garantiza, pues bastará que la escritura pública incluya “su denominación y, si fuera preciso, la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas” [art. 153 bis, letra b), párr. dos de la LH]».

Esta interpretación es reiterada posteriormente en la Resolución de 28 de febrero de 2008: el registrador sólo califica las cláusulas de carácter real. Las

cláusulas obligacionales quedan vedadas a su calificación. En el régimen anterior a la Ley 41/2007, las cláusulas obligacionales no debían ser calificadas porque no eran en ningún caso inscribibles.

Si se mantiene esta opinión, con la vigencia de la Ley 41/2007 el sistema cambia, pues en las hipotecas de las entidades financieras el registrador sólo califica las cláusulas de trascendencia real contenidas en el primer inciso del artículo 12, mientras que el resto de cláusulas financieras, incluyendo las de vencimiento anticipado, no son objeto de inscripción sino de transcripción por parte del registrador. Acceden al Registro, pero sin una previa valoración jurídica por el registrador, que no debe calificarlas. Pasa a manos del juez toda la labor de control. Control que deberá esmerarse, pues si ya hasta ahora en ocasiones los notarios se han limitado a transcribir las cláusulas que les presentaban las entidades financieras, ahora se pretende hacer lo mismo con el acceso al Registro, al excluir el control de la calificación por los registradores.

d) *Las dudas que plantea el artículo 12. Consecuencias en el ámbito de la ejecución*

Conviene advertir que, la que aquí se propone, no es la única interpretación posible. De la redacción del artículo 12 LH, que utiliza equívocamente la expresión «en caso de calificación favorable de las cláusulas de trascendencia real», se ha deducido que el precepto sólo permite la inscripción de las cláusulas de vencimiento y financieras que tengan trascendencia real: en este sentido AZOFRA, que por ello critica la nueva norma legal. A juicio de este autor, esta es la interpretación que se impone con arreglo a los cánones de interpretación literal y sistemático. En primer lugar porque, entiende este autor, si se hubiera querido decir que procede la inscripción de las cláusulas de vencimiento, una vez calificadas las de trascendencia real, y que éstas son las que se mencionan en el párrafo primero, debiera haberse dicho, sencillamente, «las cláusulas a que se refiere el apartado anterior». En segundo lugar, porque no se han modificado ni el artículo 9 LH ni el artículo 51.6.^a RH, que se refieren a la inscripción de las cláusulas con trascendencia real. A juicio de este autor, nada a cambiado con la reforma, y la interpretación llevada a cabo por la DGRN, y que es lo que a él le gustaría que dijera el artículo 12 LH, es voluntarista, y no resulta del texto legal.

Tampoco para DELGADO RAMOS la nueva norma permite inscribir cláusulas sin trascendencia real: de un lado, porque se daría mejor trato a estas cláusulas, que accederían al Registro sin pasar por el control de la calificación; de otro, porque supondría introducir en el Registro objetos extraños a su contenido, lo que está excluido por otras normas vigentes; finalmente, porque

no hay previsión legal expresa que se refiera a la «publicidad noticia» de las cláusulas de trascendencia personal. A su juicio, la reforma ha dejado intacta la importancia, ámbito y efectos de la calificación registral.

A la misma conclusión llega CARRASCO, pero desde una perspectiva crítica del contenido de la reforma. A juicio de este autor, el artículo 12, que prometía en su versión original que en el futuro los asientos de hipoteca serían inscripciones registrales concisas y de contenido previsible para los agentes del crédito, pasa a ser la corroboración de todo lo malo que había hasta hoy. Según este autor:

No sólo se dice que las cláusulas de vencimiento del crédito hipotecario deben estar inscritas, sino que, se añade sañudamente, no podrán servir de título material para la ejecución judicial si no se contienen en el asiento y, finalmente, que será la soberana inteligencia del Registrador la que seguirá decidiendo lo que se inscribe o no en este punto. El artículo 130 LH (nuevo), que estaba llamado a cumplir la importante misión de permitir en nuestro Derecho la ejecución judicial hipotecaria con integración extrarregistral del título, ha pasado a decir justamente lo contrario, y a quedarse como estaba, salvando una corrección de estilo que tampoco urgía.

La Exposición de Motivos de la Ley 41/2007 se refiere expresamente a la finalidad pretendida de evitar calificaciones registrales discordantes. El problema de la disparidad de criterios que se produce en las calificaciones de los registradores respecto de los actos en masa, en particular los préstamos hipotecarios, encuentra fácil explicación en la innovación de los formularios de las entidades financieras y en la dificultad de interpretar el contenido contractual unilateralmente impuesto. Esta situación se ha visto en parte frenada por vías diferentes: la existencia, en el seno del Colegio de Registradores de una Comisión de Criterios de Calificación, los Seminarios Registrales organizados en los Centros de Estudios Territoriales (vid., por ejemplo, la publicidad de algunos en la página notariosyregistradores.com), así como por la posibilidad de la calificación de una calificación sustitutoria.

La reforma del artículo 12 LH trata, por tanto, de limitar las funciones calificadoras del registrador. La Ley establece un régimen diferente, según que la hipoteca se constituya a favor de alguna de las entidades financieras a que se refiere el artículo 2 LMH:

- La regla general es la de que en la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración. Parece que esas cláusulas se consideran de trascendencia real y, por eso, objeto de calificación y de inscripción.

- Como excepción, cuando se trate de obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, la Ley establece que, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real (parece que las señaladas en el anterior párrafo), las «cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras» «se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización».

La redacción del precepto es muy confusa. En primer lugar, la distinción entre la trascendencia real y la trascendencia personal de una cláusula resulta equívoca. Aunque la regla general es que los derechos personales no acceden al Registro, lo cierto es que el propio legislador excepciona esta regla y permite el acceso al Registro y la eficacia frente a terceros de algunos derechos personales (por ejemplo, en materia de arrendamientos o de opción de compra).

Da la impresión de que la redacción del artículo 12 quiere indicar, por contraposición, que tienen trascendencia real las que aparecen en el primer párrafo del precepto (el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas) y trascendencia personal las mencionadas en el párrafo segundo («cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras»). No se ve la razón por la que deba negarse siempre trascendencia real a todas las cláusulas de vencimiento anticipado «y demás cláusulas financieras». De hecho, son cláusulas que contribuyen a identificar la obligación garantizada.

A la vista de la expresión del precepto resulta:

A) *Cuando la hipoteca no se constituya a favor de alguna de las entidades a que se refiere el artículo 2 LMH* (por ejemplo, crédito hipotecario entre dos particulares) sólo tendrán acceso al Registro las cláusulas mencionadas en el artículo 12.I LH: el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas.

¿Quedan fuera del Registro todas las cláusulas relativas a obligaciones asumidas por las partes, incluidas las de vencimiento anticipado? La DGRN había interpretado que algunas de estas cláusulas eran válidas e inscribibles por entender que se comunicaban a la hipoteca por su accesoriedad. Si se mantiene ahora que no son inscribibles hay que tener en cuenta:

- a) que, dada la redacción del artículo 130 LH, esos convenios que no hayan accedido a los asientos del Registro no podrán ser tomados en consideración en la ejecución hipotecaria, ni siquiera *inter partes*;

- b) ¿qué efectos producen?: la doctrina, respecto de los pactos no inscribibles, solía hablar de efectos meramente obligacionales, *inter partes*, lo que significa que pueden dar lugar a su exigencia a través de una acción personal, por el procedimiento ordinario declarativo o ejecutivo (Gōñi). Esta misma conclusión debe mantenerse en el futuro para todas las cláusulas no inscritas.

Creo que dejar fuera del Registro las cláusulas pactadas que no se refieran al importe del principal de la deuda y, en su caso, al de los intereses pactados, es contrario al fin proclamado en la Exposición de Motivos de la Ley, pues de hecho si se niega eficacia real a las cláusulas pactadas, incluso *inter partes*, se excluye uno de los principales atractivos de la hipoteca.

B) Cuando la hipoteca se constituya a favor de alguna de las entidades a que se refiere el artículo 2 LMH tendrán acceso al Registro, además, las cláusulas mencionadas en el artículo 12.II LH: cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca.

En relación con esta regla puede hacerse notar:

- a) La redacción del artículo 12.II da por supuesto que todas las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras no tienen carácter real. La DGRN, sin embargo, como he dicho, había venido aceptando la inscripción de muchas de ellas basándose, precisamente, en su eficacia real.
- b) Las cláusulas no financieras que no tengan trascendencia real no pueden acceder en ningún caso al Registro, pues no están contempladas en ninguno de los dos párrafos del artículo 12.

¿Cuáles son las cláusulas no financieras? El Anexo II de la OM, de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, especifica las *cláusulas financieras* de los contratos de préstamo hipotecarios sujetos a la misma: capital (importe y forma de entrega), amortización, intereses ordinarios, tipo de interés variable, comisiones, gastos a cargo del prestatario, intereses de demora, resolución anticipada por parte de la entidad.

Es decir, las cláusulas que imponen el vencimiento anticipado se consideran cláusulas financieras, y otra cosa es que la DGRN haya denegado su inscripción cuando la causa que faculta a la prestamista a resolver anticipadamente el préstamo sea ajena al cumplimiento o incumplimiento de la obligación garantizada.

Pueden considerarse *cláusulas no financieras las que se refieren a compensación, imputación de créditos, consentimiento para datos personales*. La DGRN ha negado la inscripción cuando se intentaba darles trascendencia real mediante el reconocimiento a la entidad

de la facultad de exigir el vencimiento anticipado si se incumplía la obligación, por ejemplo, de pagar impuestos que no sean preferentes al del acreedor, o de pagar los gastos de la escritura. A este resultado se puede llegar igualmente si se defiende que se trata de cláusulas financieras que no deben acceder al Registro por ser ajenas a la obligación garantizada, pues la finca hipotecada sólo debe responder cuando se incumplen obligaciones garantizadas por la hipoteca.

- c) Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a que se refiere el artículo 12.II LH tienen acceso al Registro. El precepto establece que «se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización». Es decir, mera transcripción, no en virtud de una inscripción previa calificación por el registrador.

A la vista de lo anterior deben hacerse las siguientes observaciones:

- i) En la práctica, hasta ahora, las denegaciones de inscripción por parte de los registradores y los criterios de la DGRN, confirmando o revocando el criterio del registrador, se basaban en la consideración de muchas de estas cláusulas como abusivas. La nueva redacción del artículo 12 LH trata de poner fin a esta situación, y al establecer que el registrador debe incorporar al Registro, sin previa calificación, todo el contenido financiero de la escritura de hipoteca, lo que quiere es que el Registrador no realice ningún juicio de validez ni ningún control de legalidad de los negocios hipotecarios. Esta disposición enlaza con la idea de que, la contratación con esas entidades crediticias siempre es contratación en masa, y es generalizable la idea de que debe quedar en manos del juez el control de las cláusulas abusivas.

Es cierto que un registrador no es un juez, y que la Ley ordena al registrador dejar de inscribir las cláusulas declaradas nulas. Es lógico que así sea cuando la Ley, para identificar una cláusula como abusiva, utiliza conceptos genéricos e imprecisos que necesitan ser concretados (buena fe, justo equilibrio de las prestaciones, perjuicio desproporcionado, no equitativo, desequilibrio entre los intereses de las partes...). El registrador, a la vista de los asientos y del título, no dispone de los datos suficientes para apreciar si en el caso concreto concurre el abuso.

De manera confusa, el artículo 258.2 LH (redactado por la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales), establece que «el Registrador denegará la inscripción de aquellas cláusulas declaradas nulas, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 bis LGDCU».

De forma más clara, el artículo 84 TRLGDCU establece que los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional

de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

La Resolución de la DGRN de 19 de abril de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, afirmó «la necesidad de que un juez declare la nulidad de la cláusula que es condición general de la contratación por abusiva, como requisito *sine qua non* para que el registrador deniegue el acceso al Registro de esa cláusula abusiva, previa la determinación de su trascendencia jurídico-real inmobiliaria».

En mi opinión, la Resolución de la DGRN de 2006 generaliza para todas las cláusulas un criterio que es inadecuado cuando se trata de cláusulas contrarias a una norma de manera directa: además de las que hayan sido declaradas nulas por el juez, el registrador puede denegar la inscripción de cualquier otra cláusula abusiva, al igual que haría con cláusulas no predispuestas y que fueran nulas por ser contrarias a un precepto legal, todo ello sin perjuicio del control judicial ulterior.

Por ejemplo, el artículo 89 establece que, en todo caso, tienen la consideración de cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda: *a)* La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación). *b)* La estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del empresario o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación. *c)* La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario. *d)* La estipulación que imponga al consumidor los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando ésta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad.

¿Qué sucede si se establece la obligación del consumidor de asumir estos pagos y se reconoce al acreedor hipotecario la facultad de resolver el préstamo concedido para financiar la adquisición si el consumidor incumple? ¿Debe el registrador inscribir esta cláusula a pesar del claro tenor del artículo 89 LTRLDCU?

¿Debe el registrador inscribir la cláusula de vencimiento anticipado en el caso de que el prestatario sea declarado en concurso y para la que la DGRN ha venido reiterando su no inscribibilidad porque el crédito hipotecario sigue siendo preferente? ¿Debe el registrador inscribir la cláusula de vencimiento anticipado en el caso de que el prestatario proceda a enajenar la vivienda, cuando es claramente contraria a lo dispuesto en el artículo 26 LH, tal y como ha hecho notar la DGRN, denegando su inscripción? ¿Y una cláusula contra la Disposición Adicional 12 de la Ley 44/2002, de régimen del sistema fi-

nanciero, conforme a la cual en los préstamos garantizados mediante hipoteca que se formalicen a interés variable puede acordarse el redondeo sin que pueda sobrepasar al octavo de punto?

ii) Una vez calificadas las cláusulas de trascendencia real establecidas en el artículo 12.I LH (el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas) y si la hipoteca se constituye a favor de alguna de las entidades del artículo 2 LMH, el artículo 12.II LH impone al registrador que incorpore al Registro, transcribiéndolas, las cláusulas de vencimiento y demás financieras.

Esto significa, en primer lugar, que *van a acceder al Registro cláusulas financieras de carácter personal*.

¿Con qué efectos? Está claro que el legislador ha querido reducir el ámbito de la calificación del registrador. Puesto que habrán tenido acceso al Registro las cláusulas financieras personales podrán ser tenidas en cuenta por el juez a efectos del procedimiento ejecutivo (art. 130 LH). En virtud de la labor de calificación del registrador (arts. 1 y 18 LH y 51.6 RH), teóricamente, el juez podía confiar en que al Registro sólo habrían accedido cláusulas con trascendencia real.

En adelante será el juez quien, no sólo tendrá que pronunciarse sobre la validez de las cláusulas sino, además, sobre su trascendencia real y, en particular, sobre si su incumplimiento debe quedar o no garantizado por la hipoteca.

En consecuencia, cuando se pretenda la ejecución hipotecaria en virtud de extremos que hayan accedido al Registro (arts. 12.II y 130 LH), pero que carezcan de trascendencia real, de forma tal que la hipoteca no deba responder de su cumplimiento, *será el juez el que deba analizar:*

1.º) Si lo que se le presenta sirve como verdadero título ejecutivo hipotecario; es decir, el juez tendrá que analizar si algunas de las cláusulas que han accedido al Registro permiten la ejecución hipotecaria o no; y puede no serlo si, por ejemplo, se trata de incumplimiento de obligaciones personales.

El problema se venía planteando en parte ya, antes de la reforma, en fase de ejecución, por el tenor del artículo 693 LEC, pero con un sentido diferente. El problema entonces era dilucidar si podía seguirse o no el procedimiento especial de los artículos 681 y siguientes de la LEC en el caso de cláusulas que establecieran el vencimiento anticipado por causas distintas de las del impago (24).

(24) En mi opinión, aun cuando estas cláusulas cumplan el doble requisito: 1) de ser válidas, y 2) se haya admitido su inscripción en el Registro de la Propiedad, no pueden producir el efecto pretendido frecuentemente en la práctica, esto es, dar lugar al procedimiento especial de ejecución previsto en el artículo 693 LEC. En este precepto se admite

2.º) Si la hipoteca cubre todas las obligaciones pactadas entre las partes y que han accedido al Registro; es decir, algunas de las cláusulas pueden hacer referencia a pago de comisiones, gastos de escritura u otras que, en opinión del juez, no deban quedar cubiertas por la hipoteca, con la consecuencia que ello tiene desde el punto de vista del pago del crédito hipotecario y de la aplicación del sobrante, en los términos del artículo 692 LEC.

Se ha dicho por uno de los impulsores de la Ley (GÓMEZ GÁLLIGO), que con la Ley 41/2007, al reformar el artículo 12 LH, se mantiene la calificación registral de las cláusulas de trascendencia real, pero de las cláusulas de vencimiento anticipado y otras financieras (siempre que no sean abusivas ni vayan en contra de una norma prohibitiva o imperativa) sólo habrá una mera transcripción con efectos de «publnoticia» (a ellas no se extenderían los efectos de la fe pública, la inoponibilidad y el proceso de ejecución), debiendo decidir, en su caso, lo que proceda el juez en el proceso de ejecución. El proceso de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, de acuerdo con el artículo 130 LH sigue teniendo en cuenta sólo lo indicado en el asiento registral. Resulta sin embargo ingenuo pretender que no se vaya a intentar un proceso de ejecución con base en una cláusula de vencimiento anticipado que haya accedido al Registro. Creo que la Ley, al reducir el ámbito de la calificación, ha favorecido extraordinariamente a los grandes acreedores hipotecarios.

Hasta ahora, la mayor parte de las veces en las que el registrador, a través de la calificación, y la DGRN, negaban la inscripción de una cláusula «por carecer de eficacia o de trascendencia real» no se basaban en el carácter obligacional de la estipulación, sino en un problema de validez y, como explica V. MONTÉS, la fórmula «sin prejuzgar el valor obligacional» (o «sin prejuzgar la validez *inter partes*») vendría a enmascarar un criterio contrario a la validez, incluso *inter partes*, que no se pronuncia para no invadir la esfera de la competencia judicial. Así sucede, por ejemplo, con los «pactos

que pueda seguirse el procedimiento previsto en los artículos 681 y sigs. LEC, reclamando la totalidad de lo adeudado «si se hubiere convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro de la Propiedad». Nada de esto sucede cuando, pagando los plazos convenidos, el incumplimiento lo es, por ejemplo, de la obligación de concertar un seguro, o del impago de un impuesto o de un gasto de notaría, y el acreedor pretende acudir al procedimiento judicial sumario dando por exigible el crédito. Dado el claro e indubitado tenor del artículo 693.2 LEC, ello sólo es posible cuando el vencimiento anticipado se produce por el impago de los plazos. *No se niega con ello que, producido un incumplimiento pueda, de conformidad con lo pactado, darse por vencido anticipadamente lo debido, pero sí que pueda exigirse el pago total por el procedimiento de los artículos 681 y sigs. LEC* (en este sentido, Auto de la AP de Zaragoza, de 4 de junio de 2007: en el caso, se confirma la nulidad de actuaciones declarada por el JPI núm. 10 de Zaragoza, y solicitada al amparo de los arts. 225, 562.2 y 559 LEC en relación con el art. 240 LOPJ, al entender que el título ejecutivo carecía de los requisitos legales para llevar aparejada ejecución). En sentido que aquí se sostiene, RIVERO. Contra, CORDERO, que defiende la aplicación por analogía del artículo 693.2 LEC.

de negociación» (prohibición de disponer, de volver a hipotecar, que son ineficaces en los actos a título oneroso, conforme a los arts. 26 y 27 LH).

D) TÍTULO EJECUTIVO EN EL PROCEDIMIENTO HIPOTECARIO

a) *La reforma del artículo 130 LH*

La Ley 41/2007 modifica el artículo 130 LH, que pasa a tener la siguiente redacción:

«El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita *sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo*».

Con anterioridad, y tras la reforma producida por la Disposición Final 9.^a LEC, el precepto establecía que:

«El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita y, dado su carácter constitutivo, *sobre la base de los extremos contenidos en el asiento respectivo*».

Como puede observarse, el legislador de 2007: 1.º) ha suprimido el inciso «dado su carácter constitutivo», y 2.º) se refiere a los «extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo», y no a «los extremos contenidos en el asiento respectivo», como hacía la redacción anterior.

¿Cuál es el sentido de la reforma? En mi opinión es evidente que no se ha tratado de negar el carácter constitutivo de la inscripción, pues el mismo continúa recogiendo en los artículos 1.875 del Código Civil y 145 y 159 LH. La reforma tiene que ver con una cuestión diferente, la posibilidad o no de que la ejecución hipotecaria pueda realizarse teniendo en cuenta extremos que no consten en el asiento. El tema, a su vez, está relacionado con otros. A saber, el ya visto de qué cláusulas son inscribibles en el Registro de la Propiedad y, también, con el de las causas de oposición que el ejecutado puede hacer valer.

En el procedimiento judicial hipotecario (art. 681 y sigs. LEC) se ejecuta la hipoteca, y la doctrina ha venido entendiendo que un presupuesto de la ejecución es, por tanto, que exista el título ejecutivo requerido por la ley (art. 685.2 y art. 517.1.4.º LEC). El título ejecutivo debe documentar la obligación por la que se va a despachar la ejecución. Puede suceder, sin embargo, que el título constitutivo de la hipoteca no acredite la existencia y exigibilidad de la obligación o la titularidad del crédito hipotecario. La ley, entonces, requiere que el título sea completado, bien con otra inscripción, bien con

otros documentos. Así sucede si la hipoteca se ha constituido en garantía de una obligación futura o de una obligación condicional (art. 142 LH), o si la hipoteca se constituye para la seguridad del saldo de una cuenta corriente (art. 153 LH y art. 573 LEC), o para garantizar títulos transmisibles por endoso o al portador (art. 154 LH). Se ha discutido si puede admitirse la legitimación del cesionario de un crédito hipotecario cuando la transmisión no se ha inscrito mediante la aportación de la escritura de cesión (fue admitido por la STS de 29 de junio de 1989: de este problema me ocupó más adelante al hablar de la transmisión de los créditos hipotecarios y la modificación del art. 149 LH).

A la vista de la redacción del artículo 130 LH, la doctrina discutía si, en general, debía admitirse la integración del título por medio de títulos ejecutivos extrarregistrales (a favor CORDERO) o si, por el contrario, el juez carece de la posibilidad de tener en cuenta otros documentos ejecutivos en el procedimiento hipotecario (en este sentido, GARCÍA GARCÍA).

La redacción originaria del *proyecto de ley* que, sin embargo, quedó muy matizada durante la tramitación parlamentaria, proponía una modificación del artículo 130 LH de la que resultaba claramente que el título ejecutivo podía integrarse extrarregistralmente.

El proyecto de ley presentado en las Cortes el 9 de marzo de 2007 proponía la siguiente redacción del artículo 130 LH:

«El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita sobre la base de los extremos contenidos en el asiento y en el título respectivos».

La novedad en esa redacción es que la ejecución hipotecaria podía hacerse teniendo en cuenta, además de los extremos que figuren en el asiento, otros extremos que consten «en el título respectivo». Cabe pensar que el «título respectivo» es el título que da lugar a la inscripción de la hipoteca, dando por supuesto que todo el contenido de esa escritura no accede al Registro.

En el Congreso se presentaron dos *enmiendas* con idéntico contenido por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió: enmienda 47) y por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso (enmienda 91, reiterada en el Senado, núm. 57 del GPP):

«El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una nueva hipoteca inscrita y, dado el carácter constitutivo de la inscripción, sobre la base de los extremos contenidos en el título inscrito que conste en el asiento respectivo».

La justificación de estas enmiendas era la siguiente:

«Mejora técnica para no perder, respecto del texto hasta ahora vigente, la consideración al carácter constitutivo de la inscripción registral y para reco-

ger del texto del Proyecto de Ley la mención del título que causó la inscripción. Se evita, además, que se planteen dudas acerca del procedimiento de ejecución de la hipoteca, ya que si no se utiliza un título inscrito ni se ejecuta en virtud de cláusulas también inscritas, es posible que el deudor pueda oponer excepciones que vayan más allá de las tasadas por la Ley, con lo que la gran eficacia del sistema se podría venir abajo precisamente en fase de ejecución».

La enmienda 121 del Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana (ERC) proponía la siguiente redacción del artículo 130 LH:

«El procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, y dado su carácter constitutivo, sobre la base de los extremos contenidos en el asiento, complementados con aquellos que determine la legislación procesal».

Y se justificaba esta propuesta con el siguiente argumento:

«El texto, cuya modificación se propone, reforma el vigente artículo 130 de la Ley Hipotecaria, redactado a su vez por la Disposición Final 9.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil, suprimiendo del mismo la referencia al carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca en que tiene su apoyo el procedimiento de ejecución directa de la garantía, y estableciendo que dicha ejecución se apoyará tanto en lo que resulte de los asientos como en lo que resulte del título. Tal reforma es consecuencia de la voluntad del legislador, expresada en los párrafos de la Exposición de Motivos del proyecto, y en su artículo 12, de dejar fuera del Registro los elementos configuradores de la relación jurídica garantizada. Con ello, si no constan inscritos, la ejecución no podrá apoyarse en el asiento, sino que habrá de hacerlo del título del que resulten.

Tal idea resulta, de nuevo, extraordinariamente peligrosa, dada la posibilidad de que provoque la pérdida de eficacia de un procedimiento judicial, el de ejecución directa, en cuya rapidez tiene su apoyo el buen funcionamiento del mercado hipotecario. En efecto, sólo sobre la base de las presunciones de exactitud que los principios hipotecarios conceden al contenido del registro, en cuanto determina la vigencia de la garantía hipotecaria, su extensión y posibilidades de ejecución, puede admitirse la existencia de un procedimiento de ejecución de garantías hipotecarias en el que prácticamente no se admita oposición alguna, fuera de la fundada en la falta de vigencia de la garantía o error en la determinación de la cantidad adeudada.

Otra cosa es que, teniendo el procedimiento de ejecución directa su justificación y apoyo esencial en el contenido del Registro, deban acompañarse a la demanda ejecutiva los documentos que la legislación procesal determina, o que el juez considere necesarios, para determinar con exactitud el importe de la deuda y los términos en que puede producirse la ejecución, documentos entre los que, sin duda, se encontrará el título. En definitiva, la reforma, en la redacción actual de los preceptos cuya modificación se propone, y con la idea de flexibilizar el mercado hipotecario, en realidad lo que hace es poner en peligro uno de sus pilares fundamentales, a saber, el apoyo en la publicidad material del registro de la eficacia frente a terceros de la garantía y de las posibilidades de

ejecución rápida y eficaz de la misma, virtudes sin las cuales, huelga decirlo, el mercado no puede funcionar».

La preocupación de las enmiendas era la de evitar que el ejecutado pudiera oponerse a la ejecución hipotecaria alegando causas basadas en el crédito que no resultaran del asiento registral.

En el *Informe de la Ponencia*, el artículo 130 aparece ya redactado tal y como ha ido definitivamente aprobado (25):

«El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se *hayan* recogido en el asiento respectivo».

Los extremos del título que no se hayan recogido en el asiento quedan al margen de la ejecución hipotecaria.

b) *Valoración*

Dada la polémica anterior acerca de si es posible o no integrar el título constitutivo de la hipoteca por medio de título ejecutivos extrarregistrales, es criticable la falta de claridad de la nueva redacción del artículo 130. El precepto habla del título y del asiento, pero se refiere como título ejecutivo a los extremos del título recogidos en el asiento. Si se exige que estén recogidos en el asiento registral su eficacia como título ejecutivo deriva de su acceso al Registro, lo que en definitiva supone que, como regla general, no se admite que el título pueda integrarse con extremos que no hayan accedido al Registro.

Lo anterior no es incompatible con que, de hecho, como ya he señalado, cuando se trata de hipoteca en garantía de obligaciones futuras, de obligaciones cambiarias, de saldo de cuenta corriente, necesariamente deben aportarse con la demanda los documentos que den certeza de la existencia, cuantía y vencimiento de la obligación, en los términos previstos en la propia ley (art. 143 LH, para las obligaciones futuras, arts. 572 y 573 LEC para la ejecución para el saldo de operaciones, y también para la hipoteca global, sentencia firme dictada en el juicio cambiario regulado en los arts. 819 y sigs. LEC, cuando se trate de hipoteca cambiaria).

El proyecto presentado en las Cortes permitía tener en cuenta en la ejecución hipotecaria aspectos del título crediticio no recogidos en el título hipotecario. Esta norma era coherente con la redacción prevista en el proyecto para el artículo 12 LH, que negaba el acceso al Registro de todas las cláusulas

(25) BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 127-9, de 25-10-2007.

que no vinieran exigidas por la ley. Pero ni el artículo 12 ni el artículo 130 fueron aprobados tal y como aparecían en el proyecto.

De una parte, el artículo 12, como ya hemos visto, es una norma confusa que, en general, restringe el contenido que puede acceder al Registro y, para las hipotecas constituidas a favor de entidades financieras del artículo 2 LMH permite, además de la inscripción de las cláusulas de contenido real, la mera transcripción de otras cláusulas. Por otra parte, no es seguro que el texto definitivamente aprobado del artículo 130 suponga ninguna innovación. El título hipotecario es el título inscrito, no el título crediticio. Sólo en los casos expresamente previstos deben aportarse otras inscripciones u otros documentos que completen el título, con la finalidad de acreditar la certeza de la obligación (obligaciones futuras, garantía en saldo de cuentas corrientes, ahora la hipoteca global...). No existe, sin embargo, una regla general de integración extrarregistral del título hipotecario.

Lo que sucede es que la ley ha querido cambiar quién lleva a cabo el control de si los extremos que figuran en el Registro permiten o no despachar ejecución y también el control del alcance de la cobertura hipotecaria. Por la misma razón, será el juez quien tenga que analizar más cuidadosamente las causas de oposición que puede invocar el ejecutado. El problema es que no se ha modificado el artículo 695 LEC, lo que puede resultar complejo en el caso de las hipotecas globales, como ya hemos visto.

La opción del legislador al restringir al máximo las causas de oposición del ejecutado en el procedimiento favorecen la realización del crédito hipotecario y proporcionan a los acreedores un medio ágil para lograr la satisfacción y efectividad de sus créditos. Si está justificado el carácter privilegiado de este procedimiento especial de ejecución de la hipoteca, conformado como una vía de apremio dirigida contra el bien hipotecado es, precisamente, porque el procedimiento se atiene a los exactos términos de la inscripción. Desde la reforma de la LH de 2007 al Registro pueden acceder, sin calificación, todas las cláusulas y estipulaciones recogidas en la escritura. Sin embargo, esta reforma de la LH no ha ido acompañada de ninguna modificación de la LEC, donde el ejecutado o el tercer poseedor no son considerados verdaderas partes, pues no se abre una verdadera fase de contradicción.

E) HIPOTECA INVERSA

La Ley 41/2007 introduce en su Disposición Adicional 1.^a la llamada hipoteca inversa. Desde hace años, las entidades financieras han venido ofreciendo unos productos dirigidos a satisfacer las mismas necesidades para las personas mayores, permitiéndoles utilizar parte de su patrimonio inmobiliario para aumentar su renta.

La hipoteca inversa (llamada por algunas entidades «pensión hipotecaria») cuenta con una regulación propia desde la Ley 41/2007, de 7 de diciembre. Se trata de un préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble. La Ley exige que se constituya la hipoteca sobre la vivienda habitual del solicitante y que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) que el solicitante y los beneficiarios, que éste pueda designar, sean personas de edad igual o superior a los sesenta y cinco años o afectadas de dependencia severa o gran dependencia;
- b) que el deudor disponga del importe del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas;
- c) que la deuda sólo sea exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios (por ejemplo, si se trata de un matrimonio).

Es decir, se trata de un préstamo o crédito hipotecario del que el propietario de la vivienda realiza disposiciones, normalmente periódicas, aunque la disposición pueda ser de una sola vez, hasta un importe máximo determinado por un porcentaje del valor de tasación en el momento de la constitución. Cuando se alcanza dicho porcentaje, el mayor o dependiente deja de disponer de la renta y la deuda sigue generando intereses.

La recuperación por parte de la entidad del crédito dispuesto más los intereses se produce normalmente de una vez cuando fallece el propietario, mediante la cancelación de la deuda por los herederos o la ejecución de la garantía hipotecaria por parte de la entidad de crédito.

En definitiva, se trata de una hipoteca con un sistema especial de amortización.

Estas hipotecas sólo podrán ser concedidas por las entidades de crédito y por las entidades aseguradoras autorizadas para operar en España.

La Disposición Adicional cuarta de la Ley 41/2007 se ocupa del aseguramiento de rentas futuras por la constitución de una hipoteca inversa, al establecer que las disposiciones periódicas que pueda obtener el beneficiario como consecuencia de la constitución de una hipoteca inversa podrán destinarse, total o parcialmente, a la contratación de un plan de previsión asegurado, y señalar el tratamiento fiscal a que se someten.

La Disposición Adicional segunda de la Ley 41/2007 regula, además, el seguro de dependencia, en cuya virtud la cobertura de la dependencia podrá instrumentarse bien a través de un contrato de seguro suscrito con entidades aseguradoras, incluidas las mutualidades de previsión social, o bien a través de un plan de pensiones.

F) SUBROGACIÓN Y MODIFICACIÓN DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

La Ley 41/2007 modifica lo dispuesto en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación de los préstamos hipotecarios.

Aquí me limitaré a decir que, como han puesto de relieve los primeros comentaristas, *la reforma no protege tanto a los clientes como a las entidades que tienen concedidos los préstamos*, puesto que se introduce, en primer lugar, la exigencia de que se notifique por conducto notarial la oferta a la entidad acreedora y, en segundo lugar, se reconoce el derecho de esta entidad a enervar la subrogación, por su manifestación ante el notario que le ha hecho el requerimiento de su «disposición a formalizar con el deudor una modificación de las condiciones del préstamo que iguallen o mejoren la oferta vinculante».

En la redacción anterior de la Ley, la entidad acreedora enervaba la subrogación si formalizaba con el deudor novación modificativa del préstamo hipotecario. En la práctica, se llevaba a cabo una renegociación de las condiciones con los clientes. Pero lo que dice la nueva Ley es que se enerva la subrogación aunque no haya un acuerdo con el cliente: ¿quién decide luego si realmente es una mejora en la oferta?, ¿qué sucede si pasa el plazo y no llega a formalizarse esa mejora?, ¿qué régimen se aplica durante el tiempo que transcurre hasta que se formalice la mejora?

Esta reforma enlaza con la doctrina de una única sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 25 de noviembre de 2003, que deducía de la redacción del texto legal la existencia de un verdadero derecho de la entidad acreedora a enervar la subrogación, al margen de la voluntad del deudor. El planteamiento es criticable porque, en realidad, es evidente que lo único que sucede es que el deudor amortiza anticipadamente una deuda, y del tenor de la Ley de 1994 no se deducía tal «derecho» a enervar la subrogación, sino tan sólo la posibilidad de competir con la entidad oferente. Nada malo había para la competencia y para los intereses de los clientes que estos propiciaran la existencia de ofertas y contraofertas por parte de las diferentes entidades. A esta situación ha puesto fin la Ley 41/2007, desde luego que en interés exclusivo de las propias entidades que han captado a sus clientes, de no verse expuestas a la molesta acción de la competencia.

La reforma se ocupa también del problema que puede suscitarse cuando sobre la finca exista más de un crédito o préstamo hipotecario inscrito a favor de la misma entidad acreedora. Para este caso, la Ley establece que la nueva entidad deberá subrogarse respecto de todos ellos.

Se trata de una nueva manifestación de la protección que se quiere dispensar a la primera entidad que ha concedido un préstamo hipotecario. En efecto, la Ley parte del punto de vista de estas entidades, puesto que tiene en cuenta el que, siendo primer acreedor hipotecario, la entidad no habrá tenido demasiado inconveniente en ser segundo acreedor hipotecario. En la práctica,

las partes podían haber pactado la igualdad de rango, pero no lo hacen para ahorrar el pago de impuestos. Para asegurar la posición de su segundo crédito, que sería segundo hipotecario respecto del de otra entidad que se subrogara en el primer crédito, las entidades solían incluir una cláusula de vencimiento anticipado en el caso de que se produjera la subrogación de otra entidad en el préstamo garantizado con la primera hipoteca, de conformidad con la Ley 2/1994. La Resolución de la DGRN, de 2 de octubre de 2006, admitió la inscripción de esta cláusula de vencimiento anticipado, cuya operativa, dice, es semejante a la de una condición resolutoria y que la cláusula, libremente pactada por las partes, recoge un hecho o circunstancia que supone un riesgo para la subsistencia y rango de la hipoteca.

Pues bien, en el futuro, de acuerdo con la modificación introducida en la Ley 2/1994, no será necesario introducir cláusulas de este estilo. La nueva entidad tendrá que subrogarse en todos los créditos, pero la primera entidad tendrá derecho a enervar la subrogación en los términos explicados.

En realidad, esta norma no tiene en cuenta en absoluto la situación del deudor, pues si finalmente se produce la subrogación de los dos créditos es él el que tiene que asumir los gastos de una subrogación que él no había pensado modificar. Eso, quizás, le mueva a no llevar a cabo ninguna subrogación.

G) HIPOTECA RECARGABLE

Se habla de hipoteca recargable (o «hipoteca abierta», en la terminología de algunas entidades crediticias que la ofrecían ya con anterioridad) cuando se concede al deudor más crédito, permitiéndole disponer nuevamente del capital amortizado. Las entidades crediticias utilizan esta técnica de refinanciación de sus clientes, pero lo que no desean es que se considere que se ha producido una novación extintiva de la obligación garantizada, porque ello daría lugar a la pérdida de la garantía hipotecaria. Se pretende, además, mantener el rango hipotecario frente a acreedores posteriores que hayan podido acceder al Registro después de la constitución inicial de la garantía y antes de la ampliación del capital.

Ha sido doctrina tradicional en la práctica española entender que la ampliación del capital prestado por la entidad a su deudor no puede perjudicar a terceros. Desde este punto de vista, la DGRN ha venido deduciendo que la ampliación del capital equivalía a una nueva hipoteca por el incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria (26). La hipoteca inicialmente

(26) En la Resolución de la DGRN, de 9 de enero de 2002 se afirma: «*Dada la accesoria e indivisibilidad de la hipoteca* (cfr. arts. 1.866 y 1.876 del Código Civil y 104 y 122 de la Ley Hipotecaria), que nace en garantía de una concreta obligación y por un importe determinado (art. 12 de la Ley Hipotecaria), con la que se transmite (arts. 1.212

inscrita conservaría su rango por la cifra de responsabilidad hipotecaria no amortizada.

En palabras de la Resolución de 17 de enero de 2002:

«TERCERO. [...] La accesividad de la hipoteca respecto al crédito para cuya seguridad se constituyó (arts. 1.212, 1.628 y 1.867 del Código Civil, y 12 y 104 de la LH, su indivisibilidad con subsistencia en tanto no se extinga totalmente esa obligación (arts. 1.860 del Código Civil y 122 de la Ley Hipotecaria) y su propia y única prioridad determinada por la fecha de su inscripción (arts. 24 y 26 de la Ley Hipotecaria) hacen que sea conceptualmente imposible

y 1.628 del Código Civil) y se extingue, y que subsiste íntegra, en tanto no se cancele, aun cuando se haya reducido la obligación garantizada y, por tanto, cualquiera que sea la cantidad que en virtud de pagos parciales resulte aún debida, *no puede utilizarse la misma*, según señaló la Resolución de 26 de mayo de 2001, *para garantizar otras responsabilidades de las previstas en su constitución, cual si de una hipoteca de propietario se tratase*, tal como parece pretender el recurrente al considerar que hasta la suma garantizada cubre posibles ampliaciones del crédito original una vez que éste se ha reducido. El reconocimiento de esa reducción de la obligación no implica consentimiento cancelatorio alguno y su reflejo registral, posible conforme resulta del artículo 144 de la Ley Hipotecaria y 240 de su Reglamento, al margen de los efectos que pueda producir, no supone cancelación alguna. Por tanto, la ampliación de la responsabilidad hipotecaria de una finca para garantizar la del crédito que hasta entonces lo estaba habrá de hacerse, en su caso, por las nuevas cantidades que se pretenda que lo sean, con independencia y al margen de las anteriormente cubiertas por la hipoteca inscrita».

Y, según la Resolución de la DGRN, de 30 de abril de 2002: «La indivisibilidad de la hipoteca, a que antes se hacía referencia, no es sino una de las consecuencias de su accesividad, en cuanto nace en garantía de una concreta y única obligación (arts. 1.876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria), por un importe determinado o máximo (art. 12 de la Ley Hipotecaria), con la que se transmite (arts. 1.212 y 1.628 del Código Civil) y se extingue, sin que quepa la hipoteca sin crédito o de propietario para su aplicación a cualquier otro, tal como parece pretenderse al considerar que hasta la suma garantizada cubre posibles ampliaciones del originalmente existente. *No puede, en consecuencia, admitirse que la hipoteca constituida para la seguridad de un crédito pueda aplicarse posteriormente, como una reserva de rango disponible a la cobertura adicional de otro (cfr. Resoluciones de 6 de noviembre de 1990 y 17 de enero de 1994), ni aunque por haberse reducido el importe del primero quepa el segundo dentro del límite de responsabilidad hipotecaria establecida para aquél*. Ello ni tan siquiera es posible en la hipoteca de seguridad, sea de máximo o en garantía de obligación futura, en que si bien la indeterminación del importe o de la propia existencia de la obligación llamada a garantizarse determina sus peculiaridades, en todo caso exige la identificación de cual sea la relación jurídica de la que nace o ha de nacer la obligación para cuya seguridad se constituye (cfr. Resoluciones de 3 de octubre de 1991, 11 de enero de 1995, 30 de marzo y 24 de julio de 1991) sin que el exceso de cobertura permita a las partes cobijar bajo ella un crédito distinto fruto de un nuevo convenio contractual (cfr. Resoluciones de 23 de diciembre de 1987 y 7 de junio de 1999). Piénsese, además, en los perturbadores efectos que tal posibilidad tendría a la vista del nuevo sistema de minoración de cargas preferentes que el legislador ha diseñado en el nuevo artículo 667 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Cosa distinta es la posibilidad de la llamada ampliación de hipoteca con objeto de dar cobertura real a las nuevas responsabilidades derivadas de la ampliación del préstamo hasta entonces garantizado, que ha sido admitida por Resolución de 17 de enero pasado con el alcance que en la misma se señala».

distinguir diferentes partes del derecho de hipoteca y menos una prioridad distinta para cada una de ellas. Estas características determinan, como ha señalado la reciente Resolución de 26 de mayo de 2001, que *no quepa admitir la utilización de una hipoteca constituida para la seguridad de un crédito para dar posteriormente cobertura real a otro, sea totalmente independiente del primero o el resultado de una ampliación del hasta entonces existente, aunque por haberse reducido la deuda garantizada cupiera en todo o parte el importe del segundo dentro de la suma de responsabilidad hipotecaria establecida en su momento*. Ello supondría admitir una modalidad de hipoteca próxima a la conocida en Derecho Comparado como de propietario, reiteradamente rechazada por este Centro Directivo como incompatible con aquellos principios de accesibilidad e indivisibilidad.

CUARTO. Cuestión distinta es que no se pueda, por vía de modificación o ampliación de la hipoteca existente, pasar a dar cobertura real al incremento que experimente en su cuantía el préstamo hasta entonces garantizado como consecuencia de su ampliación. Y tal posibilidad ha de aceptarse, aunque con sus peculiares efectos. El artículo 144 de la Ley Hipotecaria contempla, en términos amplios, la posibilidad de hacer constar en el Registro todo hecho o convenio entre las partes, entre ellos la novación del contrato primitivo, que modifique la eficacia de la obligación hipotecaria anterior, pero exigiendo esa constancia registral como requisito de su eficacia frente a terceros, con lo que claramente establece dos momentos temporales, el anterior al acceso registral de esa modificación, y el posterior. *Al tercero tan sólo le afectará la modificación si ha accedido al folio registral antes que su derecho*. A la ampliación de hipoteca hacen referencia los artículos 116 y 163 de la misma Ley, así como en el 219.2.º de su Reglamento. Cuando el primero atribuye al acreedor el derecho a exigir la ampliación de la hipoteca para garantizar intereses vencidos y no satisfechos que no lo estuvieran a consecuencia de la limitación que en orden a su garantía establece el artículo anterior, se cuida de dejar a salvo los derechos inscritos con anterioridad a la inscripción de tal ampliación. Esa salvedad implica que *frente a terceros la responsabilidad que garantiza la hipoteca ampliada se descompone en dos fracciones: una, la preexistente, con la preferencia que le dé su fecha y en cuanto a las cantidades garantizadas y concepto por el que lo eran, y otra, la resultante de la ampliación, con eficacia limitada a partir de su inscripción y en cuanto a una nueva y distinta suma garantizada*. A la misma conclusión ha de llegar en el caso de la ampliación de hipoteca legal exigida al amparo del artículo 163 de la Ley, o de la ordenada por el Juez en el supuesto de ejercicio de la acción de devastación conforme al artículo 219.2. del Reglamento Hipotecario, máxime en este caso si la llamada ampliación tiene lugar mediante la constitución de hipoteca sobre otros bienes distintos de los hasta entonces hipotecados. Ante ello, ha de concluirse que la denominada por el propio legislador ampliación de hipoteca ha de asimilarse a efectos prácticos a la constitución de una nueva. Sus efectos vendrían a ser los mismos que la mejora de embargo a que se refiere el artículo 678.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Centrándonos tan sólo en el supuesto que puede ser más dudoso, el de ampliación sobre la misma finca ya hipotecada con anterioridad, resultaría que caso de existir cargas intermedias la pretendida ampliación no puede perjudicarlas, pero la garantía hipotecaria preferente no tiene por qué posponerse a ellas.

Por tanto, la ejecución de esa carga intermedia determinará la cancelación de la llamada ampliación, cual hipoteca de rango posterior que es (art. 134 de la Ley Hipotecaria), pero no la de la hipoteca inicial. Caso de ejecutarse la hipoteca ampliada, su titular tan sólo tendrá preferencia para el cobro con cargo del precio de realización por las cantidades inicialmente garantizadas pues en cuanto al exceso serán preferentes para el cobro los titulares de aquellas cargas intermedias y tan sólo en la medida en que aún quede sobrante, la parte del crédito ampliado y posteriormente garantizado. Sus efectos, en definitiva, son los mismos que si hubiera dos hipotecas, cada una con su rango, por lo que pretender que exista una sola con dos responsabilidades distintas, cada una con su propia preferencia, contradice la indivisibilidad legal y exigencia de prioridad única, con la consiguiente confusión al dar la apariencia de que la ampliación del crédito original goza de una garantía de igual rango al que tenía inicialmente.

QUINTO. *En conclusión, ningún obstáculo existe para inscribir en el Registro de la Propiedad la ampliación de una hipoteca que tenga por objeto de garantizar las nuevas responsabilidades derivadas de la ampliación del crédito que hasta entonces lo estaba, siempre que se determine con precisión cuáles sean esas nuevas responsabilidades objeto de garantía (art. 12 de la Ley Hipotecaria), pero los efectos de tal inscripción son los que legalmente se deriven de su propio objeto y rango, pues éste viene determinado por la Ley (art. 24 de la Ley Hipotecaria) y no por la voluntad de las partes, salvo la posibilidad de renunciar al mismo dentro de los límites del artículo 6.2 del Código Civil, del que es un supuesto de aplicación concreta la posposición a que se refiere el artículo 241 del Reglamento Hipotecario. Por ello, en un caso como el presente es inscribible la ampliación de hipoteca convenida, si bien rechazando, cual estipulación o pacto sin trascendencia real [cfr. art. 61.6.a) del Reglamento Hipotecario], aquélla por la que los interesados declaran cuál haya de ser el rango registral que a tal inscripción ha de corresponderle».*

La modificación por la Ley 41/2007 del artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación de los préstamos hipotecarios, plantea el tema de si se ha introducido la hipoteca recargable en Derecho español, en cuya virtud, la ampliación del capital prestado, hasta el máximo del capital amortizado, quedaría cubierta por la misma garantía hipotecaria.

El artículo 13.2 de la Ley 41/2007 da nueva redacción al artículo 4.3 de la Ley 2/1994, que establece ahora:

«Las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación. En estos casos necesitará la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior, de conformidad con la normativa hipotecaria vigente, para mantener el rango. En ambos supuestos, se harán constar en el Registro mediante nota al margen de la hipoteca objeto de novación modificativa. En ningún caso será posible hacerlo cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores».

La Disposición Transitoria única.3 de la Ley 41/2007 establece que:

«La ampliación de capital, sin alteración o pérdida de rango de la hipoteca inscrita, en los términos previstos en el artículo 13, apartado 2, de la presente Ley, por el que se da nueva redacción al artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, sólo será aplicable a las hipotecas constituidas a partir de la entrada en vigor de la presente Ley».

A la vista de estos preceptos se han mantenido posturas diversas, lo que da muestra de la falta de claridad de la reforma y de la inseguridad existente en esta materia: entiende, con comentarios positivos, que se introduce la hipoteca recargable GARCÍA GARCÍA; CANALS critica lo que le parece es el resultado de la nueva redacción legal; expresa sus dudas ante la falta de claridad del precepto CALATAYUD; cree que los argumentos en contra de la figura son superiores a los que permiten entender que se admite la hipoteca recargable FERNÁNDEZ-REYES.

La nueva norma se refiere a la modificación de la hipoteca por ampliación del capital, y establece que la hipoteca inscrita conserva el mismo rango si no implica un incremento de la cifra de responsabilidad. Como acertadamente afirma CORDERO, el precepto no afirma sin embargo que la parte de cifra de responsabilidad hipotecaria que se corresponde con la parte de crédito garantizado que se haya satisfecho puede servir de cobertura al capital empleado, contra lo que venía entendiendo la Dirección General de los Registros y del Notariado. Resulta dudoso, por tanto, que se haya introducido esa posibilidad sin decirlo expresamente y es bastante razonable entender que, lo que ha hecho la ley es, sencillamente, consagrar la interpretación de la DGRN sobre esta materia, tal y como defiende FERNÁNDEZ-REYES.

En la práctica, posiblemente, la nueva redacción legal puede plantear problemas, por lo que ahora interesa, con otros acreedores del deudor hipotecario cuando la entidad que conceda la ampliación de la hipoteca pretenda, cuando se den los requisitos del artículo 4.3 de la Ley 2/1994 (y, en particular, que no se supere el límite máximo inicial de responsabilidad) que la suma total tiene el rango de la primera hipoteca y pretenda tener preferencia sobre otros créditos que hayan accedido al Registro de la Propiedad antes de la ampliación. Estos *acreedores intermedios* podrán oponerse fundadamente a ello:

- Si se ha iniciado un procedimiento hipotecario judicial por la entidad que ha concedido la ampliación, los acreedores intermedios no podrán interponer una tercería de mejor derecho, pero podrán acudir a un juicio ordinario para hacer valer sus derechos (art. 698 LEC), con el argumento de que la nueva redacción dada al artículo 4.3 de la Ley 2/1994 permiten entender, en el caso de ampliación del capital de una hipoteca, que no supone novación extintiva y que, por tanto,

la hipoteca no se extingue, pero que la ley no dice que la cifra de cobertura ya amortizada y que ahora se amplía cubra al nuevo crédito, por lo que, frente a estos acreedores intermedios, la ampliación del crédito no otorga a ese nuevo crédito ninguna preferencia, por ser un crédito posterior, que ha accedido al Registro posteriormente, en el momento en el que se ha practicado la nota marginal a que se refiere el citado artículo 4.3.

- Si sobre el bien existen otros créditos hipotecarios posteriores al crédito hipotecario ampliado pero anteriores a la ampliación, o si se practica una anotación de embargo por un crédito no hipotecario antes de que se produzca la ampliación, estos acreedores no deberían ser postergados por el crédito hipotecario en la cuantía de la ampliación. El criterio decisivo es la fecha de la inscripción, y la ampliación del primer crédito hipotecario ha accedido al Registro después del segundo crédito hipotecario.

Basta pensar, por lo demás, que la admisión de la hipoteca recargable en el sentido de que la hipoteca cubre el nuevo préstamo con preferencia a los demás acreedores y sin su consentimiento, siempre que no se supere la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria, daría lugar a que, ejecutada la hipoteca, se cancelarían todos los derechos e hipotecas posteriores, incluidos aquellos que accedieron al Registro antes de la ampliación.

El artículo 4.3 de la Ley 2/1999 sólo dice que «en ningún caso será posible hacerlo cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente de ejecución de cargas posteriores». Esta previsión hay que relacionarla con la posibilidad de que, a petición del ejecutante, el Tribunal se dirija a los titulares de créditos anteriores que sean preferentes al que sirva de despacho de ejecución para que informen de la cantidad pendiente de pago. Una vez que esta información acceda al Registro será el límite de responsabilidad del adquirente de la finca en subasta al subrogarse en los derechos preferentes (arts. 657.2 LEC y 144 LH). Es lógico, por tanto, que una vez practicada la nota marginal informando sobre el importe de esos créditos preferentes al que se ejecuta (por hipótesis, la hipoteca que en principio se podría ampliar) ya no pueda llevarse a cabo tal ampliación. Pero esta regla no se ocupa de que, producida una ampliación antes de este momento, la ampliación tenga el rango de la primera inscripción.

H) TRANSMISIÓN DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS

a) *Problemas que se planteaban antes de la reforma*

A) Transmisión del crédito y transmisión de la hipoteca

Suele explicarse que la hipoteca no inmoviliza el crédito garantizado pero que, dado el principio de accesoriedad de la hipoteca ni uno ni otra pueden ser objeto de transmisiones independientes, de modo que la cesión del crédito comporta la de la hipoteca que lo garantiza y no es posible la transmisión aislada de la hipoteca, sin el crédito garantizado (LACRUZ). A estas conclusiones ha llegado la doctrina con apoyo en los artículos 1.528 del Código Civil (27), 1.878 del Código Civil (28) y 149 LH (29) (este último, modificado por la Ley 41/2007).

Lo cierto es, sin embargo, que la cesión del crédito sin la hipoteca era algo perfectamente posible, puesto que el artículo 1.528 del Código Civil es una norma dispositiva, que admite pacto en contrario, de forma tal que la cesión de un crédito tendrá el alcance previsto en el negocio de cesión [también ex- art. 1.212 CC (30)] (31).

(27) Artículo 1.528 del Código Civil: La venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio.

(28) Artículo 1.878 del Código Civil: El crédito hipotecario puede ser enajenado o cedido a un tercero, en todo o en parte, con las formalidades exigidas por la Ley.

(29) Que, en su redacción anterior a la reforma establecía: «El crédito hipotecario puede enajenarse o cederse en todo o en parte, siempre que se haga en escritura pública, de la cual se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro. El deudor no quedará obligado por dicho contrato a más que lo estuviere por el suyo. El cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente».

(30) Artículo 1.212 del Código Civil: La subrogación transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas.

(31) Cabe distinguir:

- a) Si se cede un crédito hipotecario y no se transmite la hipoteca, hay que entender que la misma queda extinguida, pues la hipoteca garantiza una obligación y el cedente no puede seguir siendo titular de la garantía una vez que ya no es acreedor (art. 1857.1.º CC: «Son requisitos esenciales de los contratos de prenda e hipoteca: 1. Que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal»).
- b) En cambio, la cesión de parte del crédito o de los créditos garantizados con hipoteca no comportan la extinción parcial de la hipoteca si, pese a la cesión, la hipoteca sigue garantizando otras obligaciones que también estaban incluidas en la cobertura de la garantía.
- c) Tampoco en el caso de créditos asegurados con una hipoteca global, pues el acreedor hipotecario no deja de ser acreedor por el hecho de ceder cedido alguno de los créditos incluidos en la cláusula de globalización, pues pueden haber nacido o nacer en el futuro otros créditos (CORDERO).

En definitiva, lo que no cabe es ceder el crédito a una persona y que el cedente, que no es acreedor, siga siendo titular de la hipoteca.

Para la generalidad de la doctrina, en cambio, no cabe la cesión del derecho real de hipoteca sin ceder al mismo tiempo el crédito, pues ello equivaldría a una hipoteca independiente, que no está admitida en Derecho español (por todos, LALAGUNA, AMORÓS). La transmisión de la hipoteca de manera aislada, sin el crédito, con alguna excepción (LÓPEZ DE HARO, ANDERSON) (32), es rechazada en Derecho español.

B) Forma del negocio de cesión. Cesión del crédito y cesión de la hipoteca

Por lo que se refiere a la perfección y a la oponibilidad de la cesión de créditos hipotecarios se había suscitado un debate acerca de cuál era la forma requerida para la validez de la transmisión de créditos hipotecarios entre las partes y la eficacia frente a terceros. El artículo 149 LH admitía la cesión de créditos hipotecarios siempre que se hiciera «en escritura pública, de la cual se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro».

Se ha defendido que la cesión del crédito hipotecario debía hacerse en escritura pública (art. 149 LH) y, entonces, la cesión del crédito comportaba la de la hipoteca (DÍEZ-PICAZO). La mayoría de la doctrina entendía, sin embargo, que la cesión del crédito tenía lugar en virtud del mero acuerdo de voluntades. Rige también, se argumentaba, para la cesión de los créditos hipotecarios, el principio de libertad de forma. En consecuencia, el negocio consensual de cesión es válido y eficaz, pudiendo los interesados exigir el otorgamiento de la escritura pública (arts. 1.279 y 1.280 CC).

La cuestión es, entonces, si el cambio de la titularidad de la hipoteca requería o no la correspondiente inscripción.

La mayoría de la doctrina, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 29 de junio de 1989 y de 23 de noviembre de 1993) entendieron que la cesión de la hipoteca se producía automáticamente con la cesión del crédito. Este planteamiento era coherente con lo dispuesto en los artículos 1.526 y 1.528 del Código Civil. En virtud del artículo 1.528 del Código Civil, y dada la accesoriedad de la hipoteca, podría entenderse que la cesión de un crédito llevaba automáticamente aparejada la transmisión de la hipoteca que lo garantizaba, aun cuando la cesión no se hiciera en escritura pública ni se inscribiera en el Registro (33) (si bien se enten-

(32) Desde este punto de vista, la hipoteca, nacida para la garantía de una concreta obligación, podría pasar a garantizar una obligación diferente. Se citan como argumentos a favor la posibilidad de una adquisición *a non domino* de un crédito extinguido pero cuya garantía hipotecaria pervive en el Registro, así como lo dispuesto en los artículos 118.II LH y 1.207 del Código Civil.

(33) La venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio.

día que el art. 1.528 no tiene carácter imperativo y, en consecuencia, las partes podían excluir la cesión de la garantía). En virtud del artículo 1.526 del Código Civil la cesión sería válida, pero no podría oponerse a terceros, como el cesionario que inscribe, en el caso de doble cesión del crédito hipotecario (34).

A este planteamiento se le ha objetado que no resulta coherente con el carácter constitutivo que se atribuye a la inscripción de la hipoteca (arts. 1.875 CC y 145 LH) (35) y que no se ve la razón por la que la eficacia constitutiva de la inscripción debe limitarse a la constitución de la hipoteca y, parece razonable, desde este punto de vista, referirla también al momento de su transmisión (en este sentido, LACRUZ). A ello deben añadirse las críticas formuladas a la admisión jurisprudencial (iniciada por la citada STS de 29 de junio de 1989, y seguida por la jurisprudencia menor) de la legitimación del cesionario no inscrito para la ejecución judicial sumaria, por ser un procedimiento de base exclusivamente registral (en este sentido, GARCÍA GARCÍA, YSAS, MONTERO, GIL RODRÍGUEZ, ROCA SASTRE).

En la práctica, los problemas se han planteado sobre todo en los casos de fusiones por absorción de la entidad acreedora. En el caso de la STS de 29 de junio de 1989, se trata de una escritura por la que un Banco cede a otro todos sus bienes, derechos y obligaciones. Ejercitada por el banco adquirente una ejecución hipotecaria sin que hubiera tenido acceso al Registro de la Propiedad la cesión del crédito hipotecario, se dicta Auto aprobando el remate, pero el Registrador de la Propiedad no lo inscribe. El deudor interpone demanda solicitando la declaración de nulidad de actuaciones, pero el Tribunal Supremo no admite que tal circunstancia determine la nulidad del procedimiento, considerando que sólo existe un defecto subsanable mediante la solicitud por parte de la entidad cesionaria de la práctica de la inscripción de la cesión de hipoteca, presentando los documentos necesarios para ello. Reitera, a otros efectos, que la inscripción de la cesión del crédito hipotecario no tiene eficacia constitutiva la STS de 23 de noviembre de 1993 (en un caso en el que, tras la cesión del crédito hipotecario, se produce el concurso del deudor y el Banco cedente participa en la junta de acreedores que aprobó una propuesta de convenio, y cuya nulidad es solicitada por otro acreedor).

(34) La cesión de un crédito, derecho o acción, no surtirá efecto contra tercero sino desde que su fecha deba tenerse por cierta en conformidad a los artículos 1.218 y 1.227. Si se refiriere a un inmueble, desde la fecha de su inscripción en el Registro.

(35) Conforme al artículo 1.875 del Código Civil es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad y conforme al artículo 145 LH, para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas, se requiere: 1.º Que se hayan constituido en escritura pública. 2.º Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad.

Las objeciones doctrinales más importantes a la legitimación del cesionario no inscrito se han salvado argumentando que, a pesar de ser el judicial sumario un procedimiento de base registral y no figurar el ejecutante en el Registro como titular del crédito hipotecario, bien puede integrarse la demanda con los documentos acreditativos de la cesión del crédito (arg. art. 550 LEC, siempre que la cesión se haya realizado en escritura pública, conforme a lo dispuesto en los arts. 685.2 y 517.4.º LEC). Se dice, igualmente, que el juez puede examinar los documentos presentados (art. 551 LEC), y comprobar la validez de la cesión, o que no hay obstáculos registrales, como otra cesión inscrita. Que, frente al deudor, no tiene sentido invocar el artículo 38 LH y que la Ley permite que se despache ejecución frente a quien acredite ser sucesor del que figure como sucesor en el título ejecutivo (arg. art. 540 LEC). Desde este punto de vista sólo son terceros a los que no puede perjudicar la cesión no inscrita (art. 1.526 CC) aquellos que hubieran adquirido derechos sobre la hipoteca (cesionarios del crédito, los que se subrogan en el crédito y en la hipoteca por pago al cedente y los acreedores del cedente que desconozcan la cesión no inscrita y pretendan el embargo del crédito (en este sentido, CORDERO). Otras objeciones parecían difíciles de salvar, como la posibilidad de practicar la nota marginal si existiesen acreedores posteriores que pagan y que pretendieran la subrogación (arts. 689.2 y 659.3 LEC). La STS de 29 de junio de 1989, a la que me he referido antes, consideró que la falta de inscripción era un defecto subsanable. La redacción del artículo 105 RH apunta a la misma dirección, si bien la Ley no contempla la posibilidad de que el Juez ordene la inscripción de la cesión.

C) Notificación al deudor de la cesión

Hasta la reforma llevada a cabo por la Ley 41/2007, el artículo 149 exigía como requisito de la cesión la notificación al deudor («se dé conocimiento al deudor»). En la práctica ha sido frecuente que en las minutas de préstamos y créditos hipotecarios se establezca la renuncia a la notificación, posibilidad expresamente contemplada en el artículo 242 RH («a menos que hubiera renunciado a este derecho en escritura pública»), si bien se ha dudado de su admisibilidad en los contratos de adhesión y en los contratos con consumidores (GARCÍA GARCÍA, YSAS). El artículo 150 LH establece que no es necesaria la notificación cuando la hipoteca se hubiere constituido para garantizar obligaciones transferibles por endoso o títulos al portador, lo que encuentra explicación en el hecho de que en estos casos, por la propia índole de estos créditos no resulta posible cumplir ese requisito (ROCA SASTRE).

La doctrina mayoritaria solía explicar la exigencia de notificación como una carga, en el sentido de que al deudor no le es oponible la cesión mien-

tras no la conozca. Esta conclusión se apoyaba en una interpretación conjunta del artículo 149 LH con lo dispuesto en el artículo 1.527 del Código Civil y 151 LH (36).

Lo decisivo, en realidad, más que el hecho de la notificación, para que el pago al cedente sea liberatorio, es que el deudor conozca la cesión. Pero es evidente que la notificación no sólo es la forma más segura de garantizar el conocimiento, sino también de probar que el deudor conoce la cesión.

El deudor al que se ha notificado la cesión o que tiene conocimiento efectivo de la misma y que paga puede cancelar la hipoteca con el consentimiento del titular registral (art. 82.1 LH).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 176 RH también puede cancelarse la hipoteca con el documento que acredite el pago «cuando no constare en el Registro que se ha dado conocimiento al deudor y éste pagare al cedente», sin perjuicio de las responsabilidades a que se refiere el artículo 151 LH. Ello con independencia de que la cesión esté o no inscrita en el Registro, pues lo decisivo para el deudor es si conoce o no la cesión. Si no está inscrita la cesión, el deudor también puede cancelar la hipoteca con la carta de pago otorgada por el cedente (art. 82.1 LH).

b) *La modificación del artículo 149 de la Ley Hipotecaria*

A) Antecedentes

En el Anteproyecto sometido a audiencia pública por el Ministerio de Economía y Hacienda, el 26 de octubre de 2006, se preveía la siguiente redacción del artículo 149.I LH:

(36) En efecto, conforme al artículo 1.527 del Código Civil, «el deudor, que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación». Por su parte, el artículo 151 LH establece que «si en los casos en que deba hacerse, se omite dar conocimiento al deudor de la cesión del crédito hipotecario, será el cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esta falta». La notificación no se concebía como un requisito de validez de la cesión, pero el deudor que pagaba al cedente queda liberado por hacer el pago a un acreedor aparente. Esta tesis se completaba con la idea de que lo relevante es el conocimiento de la cesión por el deudor cedido. Por otra parte, el deudor cedido que no tiene conocimiento de la cesión puede oponer al cesionario la compensación de los créditos que haya adquirido contra el cedente después de la perfección de la cesión y hasta la notificación (art. 1.198 del Código Civil: «El deudor, que hubiere consentido en la cesión de derechos hecha por un acreedor a favor de un tercero, no podrá oponer al cesionario la compensación que le correspondería contra el cedente. Si el acreedor le hizo saber la cesión y el deudor no la consintió, puede oponer la compensación de las deudas anteriores a ella, pero no la de las posteriores. Si la cesión se realiza sin conocimiento del deudor, podrá éste oponer la compensación de los créditos anteriores a ella y de los posteriores hasta que hubiese tenido conocimiento de la cesión»).

«El crédito hipotecario garantizado con hipoteca podrá enajenarse o cederse con sujeción a las Leyes, si no se hubiese pactado lo contrario. *La transmisión de la titularidad de la hipoteca que garantice el cumplimiento de una obligación exigirá los mismos requisitos que para su constitución*».

En el proyecto de Ley de 9 de marzo de 2007, la redacción prevista era la siguiente:

«El crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.526 del Código Civil. La cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad».

Esta es la redacción que pasó a convertirse en Ley.

La nueva redacción otorgada por la Ley 41/2007 al artículo 149.I LH, en primer lugar, distingue entre la cesión del crédito y la de la hipoteca, para la que requiere escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad y, en segundo lugar, suprime la exigencia de notificar al deudor la cesión. Es preciso por ello analizar las siguientes cuestiones:

- si la reforma, al disociar la cesión del crédito de la del derecho real de hipoteca, permite una transmisión aislada de este derecho de garantía;
- si la escritura pública y la inscripción del negocio de cesión han pasado a ser constitutivas, y sin su otorgamiento y práctica no hay válida transmisión del crédito hipotecario;
- si en el ámbito obligacional, en las relaciones con el deudor cedido, ha dejado de ser necesaria la notificación de la cesión.

B) Distinción entre la cesión del crédito y la cesión de la hipoteca

Se distingue ahora entre la cesión del crédito garantizado mediante hipoteca y la cesión de la titularidad de la hipoteca. La primera queda sometida a las reglas de cesión de créditos del Código Civil (art. 1.526 y sigs. CC). La segunda debe hacerse necesariamente en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad.

Se zanja de esta forma la polémica anterior acerca de si la cesión del crédito comportaba, con independencia de la forma en la que se realizara, la adquisición de la hipoteca, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.528 del Código Civil.

Con la redacción que la Ley 41/2007 otorga al artículo 149 LH, resulta claro ahora que la transmisión del crédito hipotecario no comporta automáticamente la cesión de la hipoteca. Para que el cesionario, nuevo acreedor del crédito, sea también titular de la hipoteca, es preciso que la cesión de la

hipoteca se haga en escritura pública y se inscriba en el Registro. La hipoteca sólo se transmite mediante la inscripción de la cesión en el Registro. Esta exigencia de forma es coherente con el carácter constitutivo que la inscripción tiene cuando se constituye la hipoteca. Igualmente debe ser cuando cambia su titular.

De manera minoritaria esta tesis había sido defendida por algunos autores para la redacción anterior del artículo 149 (SANCHO REBULLIDA, LACRUZ, RUBIO GARRIDO, JORDANO FRAGA) mientras que otro sector doctrinal había propuesto, *lege ferenda*, la reforma del precepto en el sentido de atribuir a la inscripción de la cesión un carácter constitutivo (BLANCO PÉREZ-RUBIO). La mayoría de los autores habían entendido, sin embargo, que la inscripción era meramente declarativa y necesaria únicamente a efectos de que la cesión produjera efectos frente a terceros.

De esta forma se eliminan algunos problemas que suscitaba la atribución a la inscripción de la cesión de un mero efecto declarativo. En efecto, admitido que la cesión no inscrita transmitía también al cesionario la garantía hipotecaria se aceptó, como ya he explicado, la legitimación del cesionario no inscrito para ejercer el procedimiento judicial sumario hipotecario del artículo 130 LH. La reforma del artículo 149 LH debe llevar ahora a otra conclusión: *el cesionario no se convierte en acreedor hipotecario mientras no se inscriba la cesión y, en consecuencia, no estará legitimado para promover el ejecutivo hipotecario*. Es discutible si el cesionario, que no es acreedor hipotecario, está legitimado para ejercer la acción de devastación del artículo 117 LH (contra ANDERSON; a favor, BLANCO PÉREZ-RUBIO).

Pese a todo, y en relación con la redacción del proyecto, no ha faltado quien entiende que la exigencia de constancia de la cesión en escritura pública y su inscripción registral no deben valorarse como requisitos de validez de la cesión, sino sólo como condicionantes de su eficacia frente a terceros (CORDERO). Esta opinión, que no me parece resultar del artículo 149 LH, enlaza con la opinión, sostenida ya antes de la reforma legal, de que la cesión del crédito hipotecario, salvo que las partes la excluyan, lleva aparejada la cesión de la hipoteca. Desde este punto de vista, y contra lo que aquí he expuesto como interpretación más probable, se ha defendido que la reforma no introduce de manera separada la cesión de la hipoteca y la cesión del crédito, para lo que se entiende que hubiera hecho falta una regulación adicional.

C) Cesión del crédito sin transmisión de la hipoteca

A la vista de lo anterior, cabe preguntarse si ha pasado a convertirse en requisito de validez de la cesión del crédito el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el Registro de la Propiedad.

En mi opinión, la respuesta es negativa. La reforma del artículo 149 LH y la exigencia de que la cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deba hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad no implican, en cambio, que la cesión del crédito requiera como requisito de validez el otorgamiento de escritura pública e inscripción en el Registro. Aplicando la conocida jurisprudencia elaborada en torno a los artículos 1.279 y 1.280 del Código Civil se trata de una *forma* a cuyo otorgamiento puede ser compelido el cedente por el cesionario, a quien sí le interesa convertirse en titular del derecho real de hipoteca.

La cesión es válida desde la perfección del negocio de transmisión. El cesionario que no inscribe es titular del crédito pero no es un acreedor hipotecario, con todas las consecuencias que de allí pueden derivarse. Esta disociación entre el régimen de transmisión de la hipoteca y el de transmisión del crédito garantizado por la hipoteca puede originar la concurrencia de dos titulares distintos sobre uno y otra: titular del crédito será el cesionario del crédito transmitido y titular de la hipoteca seguirá siendo el acreedor cedente cuando no se haya otorgado la transmisión de la hipoteca en escritura pública y se haya practicado la inscripción en el Registro de la Propiedad. La conservación de la hipoteca por el cedente puede ser relevante en el ámbito de la constitución de fondos de titulización (que, hoy por hoy, no están formados por los créditos hipotecarios, sino por las participaciones hipotecarias, en las que el emisor conserva la titularidad del crédito y viene obligado a realizar, conservar y ejercitar los derechos pertinentes para su efectividad: cfr. art. 5 de la Ley 19/1992, de 7 de julio, de instituciones de inversión colectiva, art. 15 LMH y art. 61 RMH).

D) ¿Necesidad de la notificación?

La redacción actual del artículo 149 LH suprime toda referencia a la necesidad de que se notifique al deudor la cesión.

Durante la tramitación de la Ley, el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (GPECP), en el Senado propuso una enmienda por la que el precepto hubiera quedado de la siguiente manera:

«La cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad, y el cesionario deberá notificar al deudor hipotecario la cesión del crédito o préstamo en el plazo que se establezca reglamentariamente».

Se justificaba la enmienda en el deseo de evitar dudas interpretativas y de explicitar que el cesionario debe notificar esa circunstancia al deudor. La enmienda no fue aceptada y la redacción actual del artículo 149 LH no hace ninguna referencia a la notificación al deudor.

Puesto que, en el nuevo régimen legal, para la transmisión de la garantía hipotecaria es necesaria la inscripción en el Registro de la escritura de cesión, cabe preguntarse si se ha pretendido sustituir la notificación por la inscripción como medio que vincula al deudor. Así lo sugirió CHICO ORTIZ para el Derecho anterior, por entender que la inscripción supone la publicidad necesaria que implica toda notificación.

En la práctica esta interpretación supondría imponer al deudor la carga de tener que consultar el Registro antes de pagar para asegurarse de que no se ha inscrito la cesión del crédito (en la línea de la tesis de DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, para quienes el deudor tiene la carga de asegurarse de que quien le reclama el pago es el verdadero acreedor y que al pagarle lo hace válidamente y queda liberado de su obligación; también ANDERSON). Desde este punto de vista cabría defender que, si no se ha llevado a cabo la inscripción, aunque se haya llevado a cabo la cesión, el pago al cedente libera al deudor. Pero este planteamiento, en mi opinión, puede llevar a consecuencias absurdas.

Si se considera decisiva la inscripción y no el conocimiento del deudor, habrá que llegar a la conclusión de que el deudor se libera pagando al cedente, aunque se le haya notificado la cesión, siempre que no se haya producido la inscripción, lo que no es muy razonable. Aunque es discutible el sentido de la reforma, parece deseable seguir considerando, a efectos obligacionales, la relevancia de la notificación (o el conocimiento, si puede probarse, del deudor).

A esta razón pueden añadirse otras. En primer lugar, que el artículo 1.527 del Código Civil continúa considerando decisiva la notificación al deudor para determinar las consecuencias del pago efectuado por el deudor. Frente al argumento de que el artículo 1.527 del Código Civil vería reducido su ámbito de aplicación a los créditos no hipotecarios, se alza el argumento de que la reforma de 2007, que ha dado nueva redacción al artículo 149 LH y suprimido en él toda referencia a la notificación, no ha modificado lo dispuesto en los artículos 150 y 151 de la misma Ley, en los que se hace referencia a la notificación y a las consecuencias de la omisión de la misma.

En definitiva, resulta preferible entender que la notificación sigue jugando el papel que resulta de lo dispuesto en el artículo 1.527 del Código Civil: el deudor cedido que no tenga conocimiento de la cesión queda liberado si paga al cedente, aunque la cesión se haya inscrito en el Registro de la Propiedad. La consecuencia, entonces, es la aplicación de lo previsto en el artículo 151 LH (37).

(37) Artículo 151 LH: si en los casos en que deba hacerse, se omite dar conocimiento al deudor de la cesión del crédito hipotecario, será el cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esta falta.

E) ¿Se ha introducido la posibilidad de transmitir de forma aislada la hipoteca?

Puede plantearse si la nueva redacción del artículo 149 LH, al disociar la cesión del crédito de la titularidad de la hipoteca está posibilitando la transmisión de la hipoteca de manera aislada. Es evidente que se ha abierto una puerta a esta interpretación, pero resulta extraño que una cuestión tan importante, de haberse querido admitir, no se haya previsto expresamente. En realidad, desde este punto de vista, lo único que habría hecho la reforma del artículo 149 LH es clarificar que la cesión de la hipoteca requiere escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad. No que la hipoteca pueda transmitirse de forma aislada para garantizar un crédito distinto de aquél que garantizaba cuando se constituyó (contra SÁENZ DE JUBERA).

La redacción del artículo 1.528 del Código Civil excluye que el cedente de un crédito, que deja de ser acreedor, siga siendo titular de la hipoteca. Lo que se ha discutido es la posibilidad de ceder la hipoteca para cuando el nuevo titular sea acreedor. La cuestión se plantea de manera específica para la hipoteca global pues, como señala CORDERO, en este caso, la hipoteca no garantiza obligaciones determinadas, sino determinables en función de una cláusula de globalización prevista en el título constitutivo. Ciertamente, tiene razón esta autora cuando señala que el derecho de hipoteca, en sí mismo, es un derecho susceptible de transmisión en cuanto que tiene un valor patrimonial (art. 1.112 CC) y que, en particular, con la hipoteca global se cedería la «posibilidad» de endeudamiento del obligado. Por lo que se refiere a las hipótesis en que esta transmisión del derecho de hipoteca podría tener sentido se apuntan los casos en que el acreedor hipotecario de una hipoteca global atraviese dificultades financieras que le hagan gravoso atender a las peticiones de crédito del deudor y prevea que no va a poder rentabilizar la garantía, o los supuestos de escisión de la entidad bancaria. Se entiende que en estos casos la transmisión de la hipoteca debe ser consentida por los terceros que hayan adquirido derechos sobre la hipoteca (los cesionarios de créditos garantizados por la hipoteca global, los acreedores subhipotecarios, los terceros que se subrogan en los créditos garantizados, los acreedores del acreedor hipotecario).

Si esta postura se había defendido con argumentos atendibles antes de la reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 41/2007, la nueva redacción del artículo 149 y la introducción de una regulación expresa admitiendo la hipoteca global en el artículo 153 bis refuerzan la posibilidad de la transmisión de una hipoteca global en garantía de unos créditos similares a los previstos en la cláusula de globalización y de los que sea titular el nuevo titular de la hipoteca. Es dudoso, sin embargo, que sin una referencia legal expresa deba entenderse así (expresamente lo rechaza para la hipoteca global, por entender que la flotante sigue siendo accesoria de los créditos, AZOFRA).

F) Necesidad de escritura pública para la inscripción de la transmisión de la garantía hipotecaria

La Asociación Hipotecaria Española, a lo largo del proceso de elaboración de la Ley 41/2007, insistió en la necesidad de facilitar la transmisión de los créditos hipotecarios. En el anteproyecto de Ley logró introducir un segundo párrafo en el artículo 149 LH, por el que las transmisiones de carteras hipotecarias entre entidades de crédito nacionales o europeas se pudieran formalizar por notificación unilateral de la entidad cedente al Registro de la Propiedad. Según la Asociación, el objetivo de esta propuesta era «atender las recomendaciones de la Comisión Europea y de los mercados de eliminar, en los países que existe, la exigencia de constituir nuevos préstamos o hipotecas en las transmisiones de préstamos hipotecarios, y así facilitar la competencia transfronteriza y mejorar la profundidad del mercado hipotecario europeo frente a sus competidores americanos y asiáticos».

En el proceso de audiencia pública se eliminó esta norma proyectada, reforzando la necesidad de formalizar la operación mediante escritura pública e inscripción en el Registro. En su comentario al proyecto de Ley presentado en las Cortes, la Asociación consideró la redacción proyectada del artículo 149 como un «grave retroceso, similar al error histórico cometido con la obligación de registrar los bonos hipotecarios, se haga prevalecer el interés común al corporativo, subsanando el cambio introducido en el proceso de audiencia pública» (38).

(38) Según la Asociación, en los USA, UK y NL, «una forma normal de trabajar en el mercado hipotecario es la superespecialización por funciones de lo que en su día fue el proceso clásico. Así, hay entidades que únicamente hacen la contratación de los préstamos que después transfieren a una o varias entidades de crédito especializadas en este tipo de inversión y, además, hay otras terceras que administran los créditos, pero ni los contratan ni los tienen en balance. Este tipo de superespecialización genera una eficiencia y reducción de márgenes que se traducen en menores costes para los consumidores. En el resto de los países es habitual la transferencia de carteras hipotecarias entre las entidades y en todos ellos se está avanzando en la dirección de la superespecialización, porque esa es una vía que tanto los mercados como la Comisión Europea vislumbran como muy eficaz para conseguir la integración, incrementar la competencia transfronteriza y permitir a los ciudadanos beneficiarse de la misma. Desde la creación del mercado hipotecario en España, se transmiten los préstamos hipotecarios a través de participaciones y certificaciones sin necesidad de inscripción registral y en determinadas circunstancias, sin escritura pública. De hecho, la finalidad esencial de los mercados hipotecarios de todo el mundo es poder comercializar las hipotecas eficientemente y sin ninguna traba o costes innecesarios. Uno de los objetivos de la futura Ley es abrir y preparar el marco legislativo para el desarrollo de los niveles de especialización que en un futuro próximo necesitará el mercado. La aparición de plataformas de contratación que permitan la distribución de productos competitivos de entidades nacionales o extranjeras sin necesidad de presencia física en un territorio concreto es inevitable e imprescindible en el futuro inmediato. *La modificación del artículo 149 de la Ley Hipotecaria, que se recoge en el texto del anteproyecto, contiene graves incorrecciones gramaticales, técnicas y legales que empeoran no-*

Es muy clara la conexión entre estas ideas y una de las enmiendas presentadas durante la tramitación de la Ley (39) que, si bien no fue aceptada, refleja las aspiraciones de los miembros de la Asociación Hipotecaria Española, al pretender que su sola declaración sirviera para modificar al titular hipotecario «sin necesidad de registrar un nuevo préstamo o una nueva hipoteca».

En Derecho español, sin embargo, contra lo que dice la Asociación, en la cesión de un crédito hipotecario el consumidor no es parte en la cesión, ni debe otorgar su consentimiento (40).

tablemente su redacción actual, impiden el desarrollo de nuestro mercado en la dirección que la Comisión está intentando y podrían cercenar el mercado de titulización español. Por eso, se propone una redacción alternativa, o en el peor de los casos, que permanezca la actual».

(39) La enmienda número 48 del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) (Congreso, Serie A núm. 127-7, de 9 de mayo de 2007, pág. 52), proponía la adición al artículo 149 LH de un párrafo referido a la posibilidad de que las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario, pudieran inscribir la cesión de los créditos o préstamos hipotecarios a otras entidades financieras españolas o de la Unión Europea mediante declaración ante el Registro, por sí solas.

Esta reforma del artículo 149 se justificaba con el argumento de que la redacción del primer párrafo, propuesta en el proyecto de Ley para el artículo 149 LH, «es respetuosa con las previsiones del Código Civil al que se remite, y puede considerarse que contempla adecuadamente las cesiones de hipotecas genéricamente consideradas y en relación con las operaciones de cesión entre particulares, cedentes y cesionarios, no integrado en el sistema financiero. Sin embargo, esta modificación no contempla todas las necesidades de los mercados hipotecarios modernos y no atiende a las recomendaciones de la propia Comisión que está preconizando la libre transferencia de las carteras hipotecarias entre todas las entidades financieras europeas. El objetivo perseguido por la Comisión es permitir el establecimiento en todo el territorio comunitario de entidades especializadas en originación de préstamos hipotecarios, que puedan ser transferidos sin obstáculos a otras entidades o instituciones interesadas en mantenerlos en sus carteras o transformarlos en títulos para su financiación en los mercados internacionales. De este modo, se pretende impulsar la competencia transfronteriza y facilitar la creación de un mercado hipotecario europeo con dimensión y profundidad suficientes para operar eficientemente en todo el mundo. El caso más reciente de recomendación en este sentido es el del Mortgage Funding Expert Group (MEFG) de la Comisión Europea y el de la Federación Hipotecaria Europea, que en su respuesta a la Comisión el pasado 15 de febrero, dice textualmente: «(...) es importante que las hipotecas y las carteras de préstamos hipotecarios puedan transferirse de un prestamista a otro dentro de la UE sin necesidad de registrar un nuevo préstamo o una nueva hipoteca y de obtener el consentimiento del consumidor (...)».

Por ello, para adecuar el tratamiento de las cesiones a los estándares aplicables europeos se propone adicionar un párrafo al artículo 149 en el que, con carácter facultativo, las entidades financieras contempladas en la Ley del Mercado Hipotecario, puedan ceder de forma más ágil y flexible los créditos hipotecarios para facilitar su movilización, bastando con la comparecencia por escrito del titular registral, entidad financiera cedente, para inscribir los préstamos cedidos a nombre del cesionario de los mismos con los consiguientes efectos de lograr ser competitivos y eficientes, y sin el encarecimiento derivado de otras tramitaciones más formales».

(40) Los comentarios de la Asociación de los que se hizo eco la enmienda citada sólo podrían plantearse, en todo caso, si se refieren a los casos de créditos asegurados con una

Como hemos visto, la nueva redacción del artículo 149 LH tampoco exige, para la transmisión del crédito hipotecario, el consentimiento del deudor hipotecario, sino escritura en la que intervengan cedente y cesionario. La notificación al deudor, que ahora no aparece en el artículo 149 LH, no es un requisito de la validez de la transmisión. Como excepción, no es necesaria la inscripción ni la notificación al deudor cuando la hipoteca garantiza obligaciones transferibles por endoso o títulos al portador. Así resulta de lo dispuesto en el artículo 150 LH (art. 153 LH 1909, cuando se introdujo esta regla) (41). Es lógico que así sea porque en esos casos la identidad del titular no está amparada por el Registro. El cambio de titular, por definición, se produce por la orden del primer acreedor de que el crédito sea pagado a determinada persona (en los títulos a la orden) o a quien sea poseedor del título (42). Si en lo que se estaba pensando es en la cesión de los créditos hipotecarios como una forma de obtener liquidez por parte de las entidades financieras, fuera de la excepción prevista en el artículo 150 LH, la transmisión de la hipoteca deberá hacerse siempre en la forma prevista en el artículo 149 LH, sin que se vea la razón por la que las entidades a que se refiere el artículo 2 de la Ley deban tener un tratamiento diferente a los demás acreedores hipotecarios.

En la argumentación de la Asociación hay una confusión entre la transmisión de títulos en el mercado primario y en el secundario. Sólo para este último, al que en realidad no se refiere el artículo 149 LH, tendrían sentido algunas de las objeciones formuladas. En Derecho español, en el mercado secundario, que es la fórmula habitual de captación de fondos de las entidades que conceden préstamos y créditos hipotecarios, no hay cesión de los créditos hipotecarios. Los créditos hipotecarios son, precisamente, la garantía que respalda a los titulares de las cédulas y los bonos, y la entidad emisora conserva la titularidad de los créditos. Sólo para las participaciones hipotecarias se discute si su emisión supone una cesión parcial del crédito hipotecario (contra Díez-PICAZO, LACRUZ; a favor, ORTÍ, MADRID PARRA, NASARRE) (43). Los titulares de

hipoteca global. Si el acreedor cede todos los créditos asegurados sin ceder la garantía y quiere aplicar la misma garantía a otro tipo de créditos diferentes con el mismo deudor necesitará constituir una nueva hipoteca. Necesitará, para ello, el consentimiento del hipotecante. Si la cesión de créditos es parcial, la hipoteca sigue asegurando otros créditos que también estaban incluidas en la cobertura de la garantía, y es dudoso si esta variación en la cobertura de la garantía constituye una novación de la hipoteca.

(41) Artículo 150 LH: Cuando la hipoteca se hubiere constituido para garantizar obligaciones transferibles por endoso o títulos al portador, el Derecho Hipotecario se entenderá transferido, con la obligación o con el título sin necesidad de dar de ello conocimiento al deudor ni de hacerse constar la transferencia en el Registro.

(42) Cuando el crédito se incorpora al título valor circula según al propia ley de los bienes muebles: en el origen del asiento creador de la hipoteca (art. 154 LH) están perfectamente identificados los títulos del asiento y en combinación con el título resulta la identidad de cada acreedor hipotecario (PEÑA, RUBIO GARRIDO).

(43) Aun cuando el artículo 15 LHM utiliza expresiones que inducen a pensar que hay una cesión parcial del crédito hipotecario («hacer participar a terceros en todo o

cédulas y bonos carecen de acción contra el deudor hipotecario, y disponen en cambio de una acción personal contra el emisor, con la preferencia especial que señala el artículo 1923.3 del Código Civil frente a otros acreedores con relación a la totalidad de los préstamos y créditos hipotecarios inscritos a favor del emisor cuando se trate de cédulas y de los afectados en la escritura de la emisión cuando se trate de bonos (art. 14 LMH). Pero esta preferencia no se puede hacer valer cuando los créditos salen del patrimonio de la entidad emisora (MADRID PARRA), y de ahí que se establezcan restricciones a la libre disposición a terceros de los créditos hipotecarios (art. 25 RMH, sobre consentimiento del sindicato de bonistas, cuya existencia ya no es obligatoria desde la Ley 41/2007, interpretando que existe para las cédulas una prohibición de disponer de los créditos si se rebasa el límite de cobertura previsto en el artículo 16 LMH: en este sentido, NASARRE). Desde este punto de vista, la libre cesión de los créditos hipotecarios que sirven de apoyo a la emisión de cédulas y bonos supondría un ataque a la seguridad de los mismos títulos.

Por otra parte, si en lo que se está pensando es en la cesión de los títulos en el mercado secundario debe tenerse en cuenta que, según los artículos 22 y sigs. LMH y 80 y sigs. RMH, su transmisión puede verificarse por cualquiera de los medios admitidos en Derecho sin necesidad de intervención de fedatario público (aunque, por razones fiscales, desde la Ley 14/1985, si la transmisión no se efectúa a través de fedatario debe llevarse a cabo con intervención de alguna de las entidades que pueden participar en el mercado hipotecario, y que están obligadas a practicar la debida retención fiscal) ni de notificación al deudor. Si son nominativos pueden transmitirse por declaración escrita en el mismo título. La transmisión de las participaciones hipotecarias debe notificarse por el adquirente a la entidad emisora, que anota en un libro especial las emisiones y las transmisiones y efectuar el pago al tenedor que acredite ser el último cesionario del título nominativo (art. 67 RMH). Además, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 LMH, podrán movilizarse los créditos y préstamos garantizados con primera hipoteca en los términos y requisitos que se determine reglamentariamente.

parte de uno o varios créditos hipotecarios de su cartera»), la regulación de los derechos que se atribuyen en este artículo 15 LMH al titular de la participación lleva a pensar que no hay propiamente cesión, que la entidad emisora conserva la titularidad del crédito hipotecario, que el titular de la participación sólo tiene una acción contra la entidad emisora, que ésta conserva la titularidad del crédito y su ejercicio y que sólo si no insta la ejecución cuando haya sido compelido a ello podrá el titular de la participación subrogarse en dicha ejecución (art. 15 LMH y art. 61 RMH).

3. MODIFICACIONES EN EL MERCADO SECUNDARIO

La Ley del mercado hipotecario establece un mercado secundario de créditos hipotecarios, mediante la creación de títulos que permiten a las entidades financieras que han prestado con garantía hipotecaria obtener, a su vez, de terceros, la financiación con la garantía de esos créditos hipotecarios.

Según la información recogida en el Estudio sobre integración de los mercados hipotecarios europeos, de la Asociación Hipotecaria Española, los depósitos de clientes e interbancarios representan la principal fuente de financiación (85 por 100), en tanto las cédulas hipotecarias y los títulos respaldados con hipoteca suponen otro 5 por 100, respectivamente, de la financiación total, correspondiendo el resto a los fondos propios de los bancos.

La lectura de la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007 pone de relieve que una de las finalidades perseguidas con la reforma de la Ley del mercado hipotecario ha sido introducir flexibilidad y sofisticación en la emisión de títulos (44). Aquí me limitaré a llamar la atención sobre algunos de los aspectos jurídicos de la reforma.

(44) «El segundo ámbito de modernización que se aborda en esta Ley corresponde a los mecanismos de refinanciación de las entidades de crédito a través de la emisión de cédulas hipotecarias y bonos hipotecarios. La coyuntura favorable en los últimos años de nuestro mercado hipotecario e inmobiliario es una gran oportunidad para consolidar nuestro mercado de títulos hipotecarios. Este reto necesita de mejoras regulatorias y técnicas que fomenten la innovación y permitan un alto grado de flexibilidad a las entidades emisoras de estos títulos. Las mejoras técnicas introducidas se enfocan en dos líneas: una primera, de *eliminación de obstáculos administrativos que pesaban especialmente sobre la figura de los bonos hipotecarios*, y una segunda y de mayor calado, consistente en hacer posible una mayor sofisticación desde el punto de vista financiero de las emisiones de cédulas y bonos hipotecarios».

La primera línea la explica la Exposición de Motivos de la siguiente manera: «se eliminan algunas trabas administrativas que han obstaculizado el desarrollo de los bonos hipotecarios con el objetivo de conseguir un trato administrativo neutral de los bonos frente al de las cédulas hipotecarias. Para ello desaparece la necesidad de nota al margen en el Registro de la Propiedad para cada una de las hipotecas afectadas y la constitución, antes obligatoria, de un sindicato de tenedores de bonos pasa a ser potestativa. Además, se igualan al tratamiento ya existente para las cédulas al incluir el recurso a la responsabilidad patrimonial universal del emisor en caso de que las garantías especiales no cubran el montante de la deuda. Por último, se establece que todos los préstamos y créditos hipotecarios afectados a los bonos deberán cumplir los requisitos de la Sección II de la Ley, pues la lógica de este instrumento es permitir la emisión de títulos hipotecarios de alta calidad crediticia a entidades con mayores dificultades en la refinanciación».

La «segunda línea», como mejora técnica, se explica en la Exposición de Motivos en los siguientes términos: «en la cartera de créditos y préstamos hipotecarios que sirve de garantía a las cédulas hipotecarias no se incluyen aquellos préstamos o créditos que se hubieran afectado a una emisión de bonos hipotecarios o hayan sido objeto de participaciones hipotecarias. Para facilitar la segregación de los créditos y préstamos de la cartera de garantía del resto de los que componen el activo de las entidades emisoras se ha previsto un registro contable especial. En dicho registro se recogerán todos los préstamos y créditos hipotecarios que configuran la garantía de las cédulas y, adicionalmente, se

Por lo que se refiere a las entidades emisoras, la reforma del artículo 2 LMH (45) debe ponerse en relación con la modificación del sistema financiero producida en nuestro país desde 1981, año en que se aprobó la ley. Si se compara la nueva redacción del precepto con la configuración legal de lo que son «entidades de crédito», de conformidad con el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, se observa que algunas entidades de crédito no pueden emitir los títulos que se refiere la LMH (las entidades de dinero electrónico) y que, por otra parte, a pesar de la entradilla del artículo 2 LMH («entidades de crédito»), las entidades oficiales de crédito, que sí pueden emitir títulos cuando lo autoricen sus estatutos, no son calificadas legalmente como entidades de crédito. De cualquier forma, importa llamar la atención sobre la amplitud de sujetos que pueden emitir títulos valores, frente a la restricción inicial de la Ley de 1981. En particular, por lo que se refiere a la emisión de cédulas, el artículo 12 LMH dice ahora que pueden ser emitidas por todas las entidades a que se refiere el artículo 2 (inicialmente esta posibilidad se limitaba al Banco de España, y después se amplió a las entidades oficiales de crédito y sociedades de crédito hipotecario; en 1986 se amplió a la Caja Postal de Ahorro y en 1988 a los bancos y cooperativas de crédito). Tradicionalmente, la ausencia de unos mayores controles (no era necesaria inscripción en el Registro de la emisión, por ejemplo, a diferencia de lo que sucedía anteriormente con los bonos), iba acompañada de una mayor exigencia de las entidades emisoras.

identificarán entre ellos aquellos que cumplen con los requisitos de la Sección II de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, pues ello resulta necesario para computar el límite establecido a la emisión de cédulas contenido en el artículo 16. Además, este límite de emisión se revisa para asegurar que se mantiene la alta calidad crediticia de las cédulas hipotecarias, quedando en el 80 por 100 de los créditos y préstamos hipotecarios que cumplen los requisitos de la mencionada Sección II».

Finalmente, la Exposición de Motivos explica como «una serie de mejoras para ambos instrumentos, cédulas y bonos hipotecarios, que incrementan la posibilidad de sofisticación financiera de las emisiones»:

- la posibilidad de incluir activos líquidos de sustitución en la cartera de la emisión, que contribuye a cubrir el riesgo de liquidez ante un eventual concurso;
- el refuerzo a la posibilidad de cubrir el riesgo de tipo de interés a través de contratos de derivados financieros asociados a una emisión, que se produce al entrar los flujos económicos generados por estos instrumentos en favor de la entidad en el conjunto de activos segregados sobre los que el tenedor del título hipotecario es acreedor con privilegio especial.

(45) Artículo 2 LMH: Las entidades de crédito que, a continuación se detallan, podrán otorgar préstamos y créditos y emitir los títulos que se regulan por la presente Ley, en las condiciones que reglamentariamente se determinen:

- a) los bancos y, cuando así lo permitan sus respectivos estatutos, las entidades oficiales de crédito,
- b) las Cajas de Ahorro y la Confederación Española de Cajas de Ahorros,
- c) las cooperativas de crédito,
- d) los establecimientos financieros de crédito.

Por lo que se refiere a los créditos que se movilizan, la ley se refiere ahora expresamente a los «préstamos» y a los «créditos», reforzando la idea que ya se admitía con anterioridad de que no sólo están incluidos los contratos de préstamo, sino también aquellas operaciones jurídicas que, en sustancia, den cuerpo a un contrato de préstamo (RUBIO GARRIDO). Igualmente, al establecer de manera expresa en el artículo 4 LMH que se incluyen los préstamos garantizados por hipoteca inmobiliaria en las condiciones que se establecen en la ley, «sea cual sea su finalidad» aclara, frente a las dudas anteriores de algunos autores, que no se impone una determinada finalidad a la operación del crédito (en este sentido, ya antes de la reforma, por todos, RUBIO GARRIDO).

La Ley 41/2007 fortalece la figura de la cédula mediante las siguientes medidas:

- El artículo 5 LMH establece que el préstamo o crédito garantizado con hipoteca no podrá exceder del 60 por 100 del valor de tasación del bien hipotecado (se reduce del 70 al 60 por 100 el valor del préstamo en relación con el valor del bien; salvo que se trate de préstamos que financien la construcción, rehabilitación o adquisición de vivienda, para los que se mantiene el límite del 80 por 100).
- El artículo 16 LMH establece que las entidades no podrán emitir cédulas hipotecarias por importe superior al 80 por 100 de los capitales no amortizados de los préstamos y créditos hipotecarios de su cartera, deducido el importe de los afectados a bonos hipotecarios (se reduce el anterior límite de la emisión del 90 al 80 por 100).
- El artículo 16 LMH introduce la alternativa de que la cartera que dé soporte a las cédulas esté formada, hasta un límite del 5 por 100 del principal emitido, por activos de sustitución de calidad (46).

(46) Los previstos en el artículo 17.2, al que se remite el artículo 16:

- a) valores de renta fija representados mediante anotaciones en cuenta emitidos por el Estado, otros Estados miembros de la Unión Europea o el Instituto de Crédito Oficial;
- b) cédulas hipotecarias admitidas a cotización en un mercado secundario oficial, o en un mercado regulado, siempre que dichas cédulas no estén garantizadas por ningún préstamo o crédito con garantía hipotecaria concedido por el propio emisor de los bonos ni por otras entidades de su grupo;
- c) bonos hipotecarios admitidos a cotización en un mercado secundario oficial, o en un mercado regulado, con una calificación crediticia equivalente a la del Reino de España, siempre que dichos valores no estén garantizados por ningún préstamo o crédito con garantía hipotecaria concedido por la propia entidad emisora de los bonos, ni por otras entidades de su grupo;
- d) valores emitidos por Fondos de Titulización Hipotecaria o por Fondos de Titulización de Activos admitidos a cotización en un mercado secundario oficial, o en un mercado regulado, con una calificación crediticia equivalente a la del Reino de España, siempre que dichos valores no estén garantizados por ningún préstamo o

Las cédulas representan un crédito privilegiado sobre todos los créditos hipotecarios de la entidad, y ahora la Ley 41/2007 introduce la necesidad de que la entidad emisora lleve un registro contable especial de los préstamos que sirven de cobertura a la emisión (art. 12 párrafo segundo). Pero no existe un control directo de este registro (ni de las transmisiones o negocios que la entidad haga de esos créditos) por parte de los cedulistas, sino el control que resulte de los sistemas de inspección. La Ley añade en el artículo 14 LMH que todas las cédulas, cualquiera que fuese su fecha en que se hayan emitido, tendrán la misma pelación.

Por lo que se refiere a los bonos, la reforma suprime la que hasta ahora venía siendo reconocida como la principal característica de los bonos: la nota marginal en el Registro de la Propiedad en relación con los créditos hipotecarios afectos a la emisión (47). El legislador presenta esta supresión como eliminación de una traba administrativa que, al encarecer la emisión, impedía el éxito de los bonos. Lo que sucede es que, de esta forma, se reduce una de las garantías previstas en la legislación anterior y habrá que esperar a ver las repercusiones que esta novedad tiene en la práctica (48). La entidad emisora debe llevar ahora también, como sucede con las cédulas, un registro contable especial de los créditos afectos a la emisión de las cédulas (párrafo cuatro del art. 13 LMH). La Ley convierte en potestativo el sindicato de bonistas que, con anterioridad tenía carácter obligatorio (art. 13 párrafo quinto LMH) (49).

crédito concedido por la propia entidad emisora de los bonos hipotecarios, ni por otras entidades de su grupo;

- e) otros valores de renta fija admitidos a cotización en un mercado secundario oficial, o en un mercado regulado, con una calificación crediticia equivalente a la del Reino de España, siempre que dichos valores no hayan sido emitidos por la propia entidad emisora de los bonos hipotecarios, ni por otras entidades de su grupo;
- f) otros activos de bajo riesgo y alta liquidez que se determinen reglamentariamente.

(47) Establece ahora el párrafo 2 del artículo 13 LMH que el capital y los intereses de los bonos estarán especialmente garantizados, *sin necesidad de inscripción registral*, por hipoteca sobre los préstamos y créditos hipotecarios que se afecten en escritura pública, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial universal de la entidad emisora, y, si existen, por los activos de sustitución contemplados en el apartado segundo del artículo 17 que se afecten en escritura pública y por los flujos económicos generados por los instrumentos financieros derivados vinculados a cada emisión, en las condiciones que reglamentariamente se determinen.

(48) En opinión de VALLE MUÑOZ, al suprimir ahora este requisito lo que se hace, de hecho, es equiparar los bonos a las cédulas. Señala cómo los bonos no se han utilizado por resultar más incómodos para los emisores pero que en épocas de crisis, como puede ser la actual, podría resultar útil mantener una figura de mayor garantía.

(49) Podrá constituirse un sindicato de tenedores de bonos, cuando estos se emitan en serie, en cuyo caso la entidad emisora designará un comisario que concurra al otorgamiento de la escritura pública mencionada en el segundo párrafo de este artículo en nombre de los futuros tenedores de bonos. Dicha persona, cuyo nombramiento deberá ser ratificado por la asamblea de tenedores de bonos, será presidente del sindicato, y, además de las facultades que le hayan sido conferidas en dicha escritura o las que le atribuya la citada asamblea, tendrá la representación legal del sindicato, podrá comprobar que por

Se introduce la posibilidad de que hasta el 10 por 100 del principal de cada emisión de bonos pueda estar cubierto por determinados activos de sustitución (art. 17).

El capítulo III de la Ley 41/2007 se ocupa de las entidades de tasación, modificando el artículo 3 LMH e introduciendo en la misma unos nuevos artículos 3 bis, 3 bis II y 3 bis ter dirigidos a garantizar la independencia de las entidades de tasación respecto de las entidades que finalmente conceden los préstamos hipotecarios.

4. OTRAS REFORMAS

A) MERCADO HIPOTECARIO Y SITUACIONES DE INSOLVENCIA

A) Concurso del deudor hipotecario. El artículo 12.2 de la Ley 41/2007 modifica el artículo 10 LMH. El sentido de la reforma es zanjar la duda que tras la promulgación de la Ley concursal en el año 2003 se suscitó acerca de si para el éxito de la acción de reintegración del artículo 71 LC, respecto de hipotecas constituidas a favor de las entidades a que se refiere el artículo 2 LMH, la administración concursal debía probar el fraude en la constitución del gravamen.

En la redacción originaria del artículo 10 LMH, que se remitía al entonces vigente artículo 878 del Código de Comercio (retroacción de la quiebra), se establecía expresamente la necesidad de fraude. La Ley concursal, al suprimir la retroacción de la quiebra e introducir en el artículo 71 las acciones de reintegración de los actos realizados por el deudor durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso no exige intención fraudulenta, sino perjuicio patrimonial y presume, salvo prueba en contrario, que el perjuicio patrimonial cuando se trate de «la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas en sustitución de aquéllas».

La modificación efectuada por la Ley 41/2007 introduce ahora expresamente la regla de que «las hipotecas inscritas a favor de las entidades, a que se refiere el artículo 2, sólo podrán ser rescindidas o impugnadas al amparo de lo previsto en el artículo 71 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, por la administración concursal, *que tendrá que demostrar la existencia de fraude en la constitución de gravamen*».

la entidad se mantiene el porcentaje a que se refiere el artículo 17.1, y ejercitar las acciones que correspondan a aquél.

El Presidente, así como el sindicato en todo lo relativo a su composición, facultades y competencias, se regirán por las disposiciones del Capítulo X del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, en cuanto que no se opongan a las contenidas en la presente Ley.

De esta forma queda reforzada la posición de las entidades referidas en caso de concurso del deudor y, a la vez, la posición de los titulares de cédulas, bonos o participaciones emitidas con el respaldo de los créditos hipotecarios, puesto que sólo en caso de fraude en la constitución de la hipoteca podrá rescindirse la constitución de la hipoteca que garantice una obligación preexistente.

B) Concurso de la entidad emisora. El artículo 14 LMH establecía en su redacción originaria el contenido del derecho de los titulares de las cédulas y bonos hipotecarios frente al emisor, la preferencia especial que establece el artículo 1923.3 del Código Civil frente a otros acreedores y con relación a los créditos hipotecarios (de todos los inscritos a favor del emisor para las cédulas y de los afectados a la emisión para los bonos) así como un orden de prelación en relación a los créditos hipotecarios de los titulares de los bonos sobre los tenedores de las cédulas cuando concurrieran sobre un mismo crédito.

La Disposición Final 19.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, añadió dos párrafos al artículo 14 LMH para el caso de concurso. Estos párrafos reciben nueva redacción por la Ley 41/2007.

Se establece que en caso de concurso del emisor, los tenedores de cédulas y bonos hipotecarios gozarán del privilegio especial establecido en el número 1.º del apartado 1 del artículo 90 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. En realidad debe tenerse en cuenta que ese privilegio no es sobre los inmuebles hipotecados, sino sobre los créditos hipotecarios.

Además, se establece la aplicación del artículo 84.2.7 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. En consecuencia, tienen la consideración de créditos contra la masa, los pagos que correspondan por amortización de capital e intereses de las cédulas y bonos hipotecarios emitidos y pendientes de amortización en la fecha de solicitud del concurso hasta el importe de los ingresos percibidos por el concursado de los préstamos y créditos hipotecarios y, si existen, de los activos de sustitución que respalden las cédulas y bonos hipotecarios y de los flujos económicos generados por los instrumentos financieros vinculados a las emisiones. Estos pagos deben satisfacerse a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso de forma inmediata (art. 154). La ley se ocupa, además, del caso de que exista un desfase temporal entre el vencimiento de los pagos que la entidad emisora haya de realizar a los titulares de las cédulas y los bonos y los pagos que los deudores de la entidad emisora deban hacer a ésta. La finalidad del régimen legal es establecer el cauce y las facultades y obligaciones para que la administración concursal gestione la cartera hipotecaria para agilizar el reembolso de las cantidades que deben abonarse a los cedulistas.

B) ARTÍCULO 693 LEC

La Ley 41/2007 modifica el apartado 3 del artículo 693 LEC, permitiendo que, cuando se trate de vivienda, el deudor pueda no sólo una vez, sino en más ocasiones, liberar el bien consignando las cantidades establecidas en el precepto siempre que medien cinco años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor (50).

Se trata de una medida justificada, podríamos decir, en «razones humanitarias», que no figuraba en el proyecto de Ley y que no requiere apenas comentario (51).

(50) Conforme al artículo 693.2 LEC, podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro.

Ahora, el artículo 693.3, redactado por la reforma de 2007, establece que:

«En el caso a que se refiere el apartado anterior, el acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviese vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte. A estos efectos, el acreedor podrá solicitar que se proceda conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 578.

Si el bien hipotecado fuese vivienda familiar, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior.

Liberado un bien por primera vez, podrá liberarse en segunda o ulteriores ocasiones, siempre que al menos, medien cinco años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor.

Si el deudor efectuase el pago en las condiciones previstas en los apartados anteriores, se liquidarán las costas, y una vez satisfechas éstas, el Tribunal dictará providencia declarando terminado el procedimiento. Lo mismo se acordará cuando el pago lo realice un tercero con el consentimiento del ejecutante».

(51) La justificación de la enmienda número 131, presentada por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana (ERC) y que dio lugar a la reforma es la siguiente: «La fórmula de la rehabilitación actual del préstamo hipotecario prevista en la LEC sólo permite que se realice por una sola vez parece excesivamente restrictivo. En un contrato de tan larga duración y de tan alto contenido económico, como es el de préstamo hipotecario, parece desmesurado que no contenga al menos la posibilidad de utilizar esta figura en más ocasiones. Hay que reconocer que la implantación de un número determinado de ocasiones en las que se puede hacer uso de la rehabilitación hipotecaria podría generar una gran inseguridad en el tráfico y en el acreedor. Para ello se proponen fórmulas como la de que el paso de un plazo (cinco años, por ejemplo) de cumplimiento puntual e ininterrumpido en el pago de las obligaciones por el deudor «borre» el uso de esta figura que haya podido hacer con anterioridad y le permita utilizarlo de nuevo por primera vez. Una especie de carnet por puntos en el mundo hipotecario, pero en el que el buen cumplimiento simplemente sirva para eliminar del tracto el incumplimiento anterior.

Esta medida generaría mayor seguridad en el consumidor, mayor equilibrio en las prestaciones y obligaciones derivadas del contrato y daría seguridad al acreedor por cuanto

C) HIPOTECA MOBILIARIA

La Disposición Final tercera de la Ley 41/2007 modifica los artículos 2, 8 y 54 de la Ley de Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión, de 16 de diciembre de 1954:

1.º) Se amplía su ámbito objetivo, al modificar el artículo 2 que, hasta ahora, prohibía la constitución de estas garantías sobre bienes que ya estuviesen hipotecados, pignorados o embargados.

Ahora, precisamente, la nueva redacción de este precepto admite de forma expresa, aunque sin efectos retroactivos, esta posibilidad:

«Carecerá de eficacia el pacto de no volver a hipotecar o pignorar los bienes ya hipotecados o pignorados, por lo que podrá constituirse hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión sobre bienes que ya estuviesen hipotecados o pignorados, aunque lo estén con el pacto de no volver a hipotecar o pignorar. También podrá constituirse hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento sobre el mismo derecho de hipoteca o prenda y sobre bienes embargados o cuyo precio de adquisición no se hallare íntegramente satisfecho. El presente apartado carecerá de efectos retroactivos».

En la redacción originaria, la prohibición de la constitución de estas garantías sobre bienes ya hipotecados, pignorados o embargados o cuyo precio de adquisición no se hallare íntegramente satisfecho iba acompañada de la ineficacia de la nueva garantía. En la actualidad, los problemas de preferencia deben resolverse con arreglo a los criterios generales (por ejemplo, será preferente el derecho al cobro del vendedor a plazos que inscribió a su favor la reserva de dominio o la prohibición de disponer, art. 15 de la Ley de ventas a plazos).

2.º) Se modifica el artículo 8, que regula la cesión total o parcial de los créditos garantizados con hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento, añadiendo la posibilidad de que puedan servir de cobertura a las emisiones de títulos del mercado secundario.

De acuerdo con el nuevo artículo 26 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, añadido por la Ley 41/2007, para poder movilizarse, ha de tratarse de créditos o préstamos garantizados con primera hipoteca mobiliaria o primera prenda sin desplazamiento.

3.º) Se amplía el objeto de la prenda sin desplazamiento, permitiendo sujetar a esta garantía todo tipo de derechos de crédito.

La Ley añade dos nuevos párrafos al artículo 54, en cuya virtud podrán sujetarse también a prenda sin desplazamiento:

que persistiría la amenaza de ejecución de la vivienda del deudor mientras que éste no hubiera acreditado buena fe y solvencia en el cumplimiento de sus obligaciones durante un plazo lo suficientemente continuado».

- Los créditos y demás derechos que correspondan a los titulares de contratos, licencias, concesiones o subvenciones administrativas, siempre que la Ley o el correspondiente título de constitución autoricen su enajenación a un tercero.
- Los derechos de crédito, incluso los créditos futuros, siempre que no estén representados por valores y no tengan la consideración de instrumentos financieros. Para su eficaz constitución deberán inscribirse en el Registro de Bienes Muebles.

No parece que la finalidad de esta última norma sea la de exigir que todas las prendas sobre créditos deban constituirse como prendas sin desplazamiento, sometidas al régimen legal previsto en la Ley 2/1981 que, «para su eficaz constitución», requieren inscripción en el Registro de Bienes Muebles. Si así fuera, se vería afectada de manera importante la práctica financiera de la prenda de créditos: fundamentalmente, las entidades financieras aceptan los depósitos bancarios, las imposiciones a plazos, las cuentas indisponibles, las libretas de ahorro y las cuentas corrientes en prenda como garantía de los créditos que ostentan frente a sus clientes. El Tribunal Supremo ha admitido desde hace tiempo que el objeto del derecho real de prenda es el crédito a la restitución de una cantidad de dinero y que es eficaz frente a terceros (sentencias de 19 de abril y 7 de octubre de 1997, 13 de noviembre de 1999, 10 de marzo de 2004). El artículo 90.1.6 de la Ley concursal, además, establece que gozan de privilegio especial «los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignoralos que estén en posesión del acreedor o de un tercero. *Si se tratare de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignoralos*».

En mi opinión, la reforma no ha querido excluir esta práctica, lo que debiera haber dicho de manera expresa. Sencillamente, introduce la posibilidad de que la prenda de créditos puede constituirse, además de como prenda ordinaria, como prenda sin desplazamiento (así se ha pronunciado también la DGRN en Resolución de 18 de marzo de 2008, por la que se resuelve una consulta planteada al Centro Directivo por la Asociación Española de Banca y la Confederación Española de Cajas de Ahorro).

Es decir, las prendas de créditos podrán seguir constituyéndose como venía haciéndose hasta ahora (escritura pública) y, además, si se quiere, como prenda sin desplazamiento al amparo de la Ley 2/1981. En este segundo caso, es aplicable el artículo 90.1.1.º de la Ley Concursal (conforme al cual, gozan de privilegio especial «Los créditos garantizados con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes hipotecados o pignoralos»).

¿Quid si se constituyen sucesivamente una prenda ordinaria y una prenda sin desplazamiento sobre el mismo crédito? De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 2/1981 debe prevalecer la primera, aun cuando la segunda goce de inscripción y la primera no (52). En consecuencia, no creo que haya mucho incentivo para constituir prendas sin desplazamiento sobre créditos, ante el riesgo de que sobre los mismos se haya constituido ya una prenda ordinaria.

¿Es posible constituir una prenda ordinaria sobre un crédito sobre el que ya existiera una prenda sin desplazamiento anterior? Según el artículo 55.II de la Ley 2/1981, no «podrá constituirse prenda ordinaria sobre bienes que se hallen pignorados con arreglo a esta Ley». Esta regla tiene sentido cuando se trata de bienes tangibles, corporales, pues en la escritura de la prenda sin desplazamiento de posesión debe indicarse el inmueble en que se situaren esos bienes por su origen, aplicación, almacenamiento o depósito (art. 57.2 de la Ley 2/1981), lo que tampoco tiene sentido para los derechos de crédito. Ahora, precisamente, la reforma de 2007 admite que los derechos sean objeto de prenda sin desplazamiento por lo que, puede argumentarse, para ellos no es aplicable lo dispuesto en el artículo 55.2.

Si se admite esto, y *se constituye en primer lugar una prenda sin desplazamiento y, posteriormente, una prenda ordinaria sobre el mismo crédito, debe prevalecer la primera, por ser primera en el tiempo.* En consecuencia, las entidades que vayan a aceptar un crédito en prenda como garantía de otras obligaciones deberían consultar previamente el Registro de Bienes Muebles, a efectos de conocer si sobre tal crédito existe una prenda sin desplazamiento porque, en tal caso, su garantía prendaria quedaría postergada.

D) TRANSPARENCIA

La finalidad de las normas de transparencia es permitir que los clientes dispongan de la información necesaria para conocer y comparar el coste financiero de los préstamos ofrecidos por cada entidad, lo que requiere un mínimo de información estandarizada y uniforme.

a) Aplicación de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo. La generalidad de los créditos hipotecarios que se suscriben sólo quedan sometidos a los artículos 16, 17 y 18 de la Ley de crédito al consumo, que

(52) Artículo 56 LHM: La constitución de la prenda *no perjudicará, en ningún caso, los derechos legítimamente adquiridos, en virtud de documento de fecha auténtica anterior, por terceras personas sobre los bienes pignorados* y sin perjuicio de la responsabilidad, civil y criminal, en que incurriere el que defraudase a otro ofreciendo en prenda como libres las cosas que sabía estaban gravadas o fingiéndose dueño de las que no le pertenecen.

regulan la oferta vinculante, la publicidad sobre ofertas de crédito y el coste total del crédito y tasa anual equivalente (53).

b) *Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994*. La Orden hace uso de la habilitación que el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de disciplina e intervención de las entidades de crédito, hacía al Ministerio de Economía y Hacienda para, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, y sin perjuicio de la libertad de contratación, determinar las cuestiones o eventualidades que los contratos referentes a operaciones financieras típicas habrán de tratar o prever de forma expresa, así como exigir el establecimiento por las entidades de modelos para ellos, pudiendo imponer alguna modalidad de control administrativo sobre dichos modelos.

La Orden se circunscribe a los préstamos hipotecarios sobre viviendas, concertados por personas físicas, cuya cuantía no rebase los 25 millones de pesetas (150.000 euros) (54). La Circular del Consejo General del Notariado, de 16 de julio de 1994, aclaró que, si además de vivienda, se hipoteca algún local o solar, se aplica igualmente el contenido de la Orden de 5 de mayo de 1994. No se aplica sin embargo cuando se trate de una hipoteca, aunque sea sobre vivienda, constituida en garantía de deudas no hipotecarias contraídas con anterioridad (art. 1.4 de la Orden de 5 de mayo de 1994).

(53) La Ley 7/1995 se aplica a los contratos en que una persona física o jurídica en el ejercicio de su actividad, profesión u oficio (empresario), concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación, para satisfacer necesidades personales al margen de su actividad empresarial o profesional (art. 1). Además, conforme al artículo 2.1.a), a los contratos en los que el importe del crédito sea superior a 20.000 euros sólo se les aplica el capítulo III de la Ley (arts. 16 a 20). Aun cuando se trate de créditos entre empresarios y consumidores, y por un importe superior a 20.000 euros, el artículo 2.2 de la Ley establece que «las disposiciones de los artículos 6 al 14 y 19 no se aplicarán a los contratos de crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria». Esto significa, en definitiva, como digo en el texto, que la generalidad de los créditos hipotecarios que se suscriben sólo quedan sometidos a los artículos 16, 17 y 18 de la Ley de crédito al consumo, que regulan la oferta vinculante, la publicidad sobre ofertas de crédito y el coste total del crédito y tasa anual equivalente. La nueva regulación europea del crédito al consumo (Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008) excluye también de su ámbito de aplicación el crédito garantizado con hipoteca (art. 2).

(54) Según su Preámbulo, la finalidad primordial de la Orden es la de garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios, y por ello presta especial atención a la fase de elección de la entidad de crédito, exigiendo a ésta la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos. La Orden, además, pretende asimismo facilitar a éste la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. De ahí la exigencia de que tales contratos, sin perjuicio de la libertad de pactos, contengan un clausulado financiero estandarizado en cuanto a su sistemática y contenido, de forma que sean comprensibles por el prestatario.

c) *Sentido de la reforma.* La Ley 41/2007 ha modificado el artículo 48.2.a) de la Ley 26/1988, a cuyo amparo se dictó la Orden de 5 de mayo de 1994, añadiendo lo siguiente: «La información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos».

Por lo que se refiere a la aplicación de la Orden de 5 de mayo de 1994 a los créditos hipotecarios, la Resolución de la DGRN, de 27 de octubre de 1994, ya se había manifestado en este sentido.

Se introduce además una nueva letra h) en el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, por la que se faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito y sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela, pueda «determinar la información mínima que las entidades de crédito deberán facilitar a sus clientes con antelación razonable a que estos asuman cualquier obligación contractual con la entidad o acepten cualquier contrato u oferta de contrato, así como las operaciones o contratos bancarios en que tal información precontractual será exigible. Dicha información tendrá por objeto permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos propuestos y evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y, cuando pueda verse afectada, a su situación financiera».

d) *En el ámbito de la Unión Europea,* el Parlamento Europeo aprobó la Resolución de 14 de noviembre de 2006 sobre crédito hipotecario [2006/2102(INI)] que, entre otras consideraciones, advierte que:

- una mayor transparencia sobre aspectos fundamentales relativos a los productos hipotecarios existentes, no sólo mejorará la eficacia del mercado sino que también incrementará el grado de confianza de los prestatarios que están interesados en realizar operaciones de crédito hipotecario en otros Estados miembros y les permitirá adoptar una decisión informada;
- el acceso por parte de los consumidores a una información lo más amplia y sencilla posible, proporcionada de acuerdo a cada caso específico y conformada por elementos homogéneos susceptibles de estudios comparativos en los diversos Estados miembros, es una condición imprescindible para que aquellos puedan ejercer de una manera más eficaz la libertad de elección en la contratación transfronteriza de un crédito hipotecario.

Existe, además, un *Acuerdo europeo relativo a un Código de conducta* voluntario sobre información precontractual para créditos vivienda, negociado y adoptado por las Asociaciones europeas de consumidores y las Asociaciones

europas del sector de crédito que ofrecen créditos vivienda, que constituye el fundamento de un Código de conducta voluntario destinado a ser aplicado por cualquier entidad que ofrezca créditos vivienda al consumidor (55).

e) Otras normas de transparencia en la Ley 41/2007. La Disposición Adicional primera de la Ley 41/2007, en sus apartados 3 y 4, se refiere al régimen de transparencia en la comercialización de la hipoteca inversa.

E) COMPENSACIÓN POR AMORTIZACIÓN ANTICIPADA

El capítulo IV de la Ley 41/2007 (arts. 7 a 9) regula el «régimen de la compensación por amortización anticipada» (56). Se cambia la denominación de la comisión por amortización anticipada por la de compensación porque se entiende que es ésta más acorde con su naturaleza. Desde luego, no se trata propiamente de una comisión que retribuya la prestación de ningún servicio, sino de una compensación por los daños que pudiera causar a la entidad el desistimiento del contrato.

La compensación por amortización anticipada se divide, además, entre la compensación que se hace a la entidad por desistir de un contrato y generarle una pérdida por los costes de originación del préstamo (art. 8), y la compensación por el riesgo de tipo de interés de la entidad cuando se amortiza anticipadamente en coyunturas de bajadas en los tipos de interés (art. 9).

Este nuevo régimen de compensación por amortización anticipada sustituye al anterior de comisión para los préstamos hipotecarios concertados

(55) En relación con la existencia de este Código, la *Nota informativa de la AHE sobre el proyecto de Ley de reforma del mercado hipotecario, 8 de marzo de 2007 (AHE)*: hizo constar que, «lamentablemente no incorpora una referencia a la necesaria convergencia en esta materia con Europa, cuando somos el único país de los quince cuya normativa es incompatible con el Código de Conducta Europeo. Los otros catorce ya lo han suscrito, así como la mayoría de los diez nuevos Estados miembros lo están suscribiendo. Además, cuando menos en dos ocasiones que nos conste, la Comisión se ha dirigido al Gobierno español urgiéndole a que adapte nuestra normativa en la materia. Tampoco se ha incorporado un mandato al Gobierno para que se regule adecuadamente la actividad de los intermediarios hipotecarios para evitar riesgos innecesarios a las familias, tal como se viene reclamando desde muchos sectores sociales».

(56) Explica la Exposición de Motivos de la Ley que: «Uno de los objetivos de la presente Ley es alcanzar la neutralidad en el tratamiento regulatorio de los diversos tipos de créditos y préstamos hipotecarios ofertados en el mercado. En la actualidad existe una regulación sobre la *comisión de amortización anticipada en caso de subrogación del préstamo hipotecario* que, al no estar ligada directamente al perjuicio económico que sufre la entidad de crédito cuando se produce dicha subrogación, discrimina artificialmente entre las diferentes estructuras de tipos de interés posibles en un préstamo hipotecario. Desde la perspectiva del objetivo de protección a los clientes, el régimen actual también resulta insatisfactorio, pues permite que estos tengan que abonar una comisión a la entidad prestataria incluso cuando la amortización es beneficiosa para esta última.

a partir de la entrada en vigor de esta Ley, de modo que en ningún contrato podrá cobrarse por ambos conceptos» (57).

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- AA.VV., *Jornadas sobre la Ley por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia*, Fundación Registral. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008.
- AMORÓS GUARDIOLA, «La unidad del crédito hipotecario», en *Estudios en Homenaje a Tirso Carretero*, Madrid, 1985.
- ANDERSON, M., *Cesión de créditos hipotecarios*, Cedecs, Barcelona, 1999.
- ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L., *La hipoteca global: valoración y crítica*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2004.
- ARNÁIZ RAMOS, R., *Análisis del proyecto de Ley de regulación del mercado hipotecario* (www.arbo.org.es/wp-content/uploads/2007/03).
- ARRANZ PUMAR, G., «Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero», en *Derecho de los Negocios*, núm. 210, marzo de 2008.
- ÁVILA NAVARRO, P., *La hipoteca. Estudio registral de sus cláusulas*, CEH, Madrid, 1990.
- ÁVILA NAVARRO, P.; MURO VILLALÓN, J., VALLE MUÑOZ, J. L., *Problemática actual de la hipoteca. Ponencia sobre la hipoteca del Tercer Congreso de Registradores de España*. Granada, 2006 (www.registradores.org).
- AZOFRA, F., «La reforma de la Ley Hipotecaria: las oportunidades perdidas», en *Diario La Ley*, 6909, 24 de marzo de 2008 (*La Ley 10182/2008*).
- «Hipotecas flotantes», en *RCDI*, 707, mayo-junio de 2008.
- BALLUGERA GÓMEZ, C., REGÚLEZ LUZARDO, J., *Seminario de Derecho Registral*, Bilbao, sesión de 19 de febrero de 2008 (www.notariosyregistradores.com).
- BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., «Artículos 149 a 152 de la Ley Hipotecaria», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, tomo VII, vol. 8, Edersa, Madrid, 2000.
- BLASCO GASCÓ, F. DE P., *El crédito y las hipotecas: las cláusulas del préstamo hipotecario*, XVI Congreso Internacional de Derecho Registral, Valencia, mayo de 2008 (www.registradores.org).

(57) Una exposición sistemática de las comisiones de cancelación anticipada en procedimientos no subrogatorios (para operaciones firmadas antes y después de la Ley 41/2007), de la comisión de cancelación anticipada en procedimiento subrogatorio, de la comisión por riesgo de interés y por ampliación de plazo puede verse en LACRUZ PÉREZ, M. J. *Notas prácticas sobre algunos aspectos de los préstamos y créditos hipotecarios, tras la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que modifica la Ley sobre subrogación y novación de préstamos hipotecarios* (www.notariosyregistradores.com).

- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B., *Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca*, Pamplona.
- CANALS BRAGE, F., «El incierto porvenir de la hipoteca en España», en *Diario La Ley*, 6691, 12 de abril de 2007 (*La Ley* 1509/2007).
- «Una modesta proposición (para la redacción de los asientos de inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho real de hipoteca) según las enseñanzas de Juan Manuel Rey Portolés», en *Libro-Homenaje a J. M. Rey Portolés*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998.
- CAÑIZARES LASO, A. (coordinadora), *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, Tecnos, Madrid, 2006.
- CARRASCO PERERA, Á., «Las nuevas hipotecas», en *Expansión*, 10 de enero de 2008 (www.gomezacebo-pombo.com/prensa.asp?id=es&pg=5).
- «Nuevos dilemas en el mercado de las garantías reales: prendas registradas y prendas no registradas sobre derechos de crédito (A propósito de la reforma operada por la Disposición Final 3.^a de la Ley 41/2007)», en *Diario La Ley*, 6867, 23 de enero de 2008 (*La Ley* 108/2008).
- CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO E., «La hipoteca inversa y el aseguramiento de los intereses o de por qué tiene que ser revocada la doctrina de la DGRN sobre el anatocismo», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 741/2007.
- CHICO Y ORTIZ, *Estudios de Derecho Hipotecario*, II, 2.^a ed., Madrid, 1989.
- CORDERO LOBATO, E., «La hipoteca», en CARRASCO PERERA, Á.; E., CORDERO LOBATO, MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los derechos de garantía*, Aranzadi Editorial, Cizur Menor, 2002.
- «Proyectadas novedades en materia hipotecaria», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 732/2007.
- *La hipoteca global (La determinabilidad del crédito hipotecario)*, Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1997.
- CRESPO ALLUÉ, F., «Artículos 695 a 698», en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo III, editorial Lex Nova, A. M. Lorca Navarrete, dir., V. Guilarte Gutiérrez, coord., Valladolid, 2003.
- DE OÑA, F., *Titulización de hipotecas, crisis subprime e impacto en los mercados*, XVI Congreso Internacional de Derecho Registral, Valencia, mayo de 2008 (www.registradores.org).
- DELGADO RAMOS, J., *Los principios hipotecarios tras la Ley 41/2007, de reforma del sistema hipotecario* (www.notariosyregistradores.com).
- DELGADO, «La accesoriadad de la hipoteca en Derecho español», en *RGLJ*, 1934.
- DÍAZ FRAILE, J. M., «Artículo 130 de la Ley Hipotecaria», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, tomo VII, vol. 6, Edersa, Madrid, 2000.
- «La nueva regulación de las novaciones y subrogaciones de los préstamos hipotecarios. Retos y riesgos de la reforma hipotecaria», en *Diario La Ley*, 6727, 4 de junio de 2007 (*La Ley* 1964/2007).
- *La eficacia del procedimiento de ejecución hipotecaria como garantía jurídica del mercado secundario*, XVI Congreso Internacional de Derecho Registral, Valencia, mayo de 2008 (www.registradores.org).

- DÍAZ MORENO, A., «Reforma del mercado hipotecario», en *Derecho de los Negocios*, núm. 209, febrero de 2008.
- DÍEZ PICAZO, L., GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 6.ª ed., 2.ª reimpre-
sión, Tecnos, Madrid, 1992.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, Civitas, Madrid,
1993.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Artículos 681 a 694», en *Comentarios a la Nueva Ley de
Enjuiciamiento Civil*, tomo III, editorial Lex Nova, A. M. LORCA NAVARRETE, dir.,
V. GUILARTE GUTIÉRREZ, coord., Valladolid, 2003.
- FREIXAS, X., *El mercado hipotecario español. Situación actual y proyecto de reforma*,
Fundación de Estudios de Economía Aplicada, Madrid, 1991.
- GARCÍA GARCÍA, J. M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, I, Barcelona,
1994.
- «De la hipoteca (comentario a los arts. 1.874 a 1.880 del Código Civil)», en
Comentario del Código Civil, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, J., *La cesión de créditos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- GIL RODRÍGUEZ, «Ejecución hipotecaria por el banco acreedor sin que hubiera inscrito
previamente la cesión a su favor», en *Poder Judicial*, 17, 1990.
- GOMA LANZÓN, F., «Ley de reforma del mercado hipotecario. Mientras yo te siga
queriendo, tú no te cambias de banco», en *El Notario del Siglo XXI, Revista on
line del Colegio Notarial de Madrid*, marzo-abril de 2008, núm. 18.
- GÓMEZ GÁLLIGO, J., «La reforma hipotecaria desde la perspectiva del Ministerio de
Justicia», en *RCDI*, núm. 702, 2008.
- «Reforma del mercado hipotecario. Aspectos básicos», en *Economist&Jurist*, mayo
de 2007.
- *Aspectos registrales del procedimiento de ejecución hipotecaria del artículo 131
LH (procedimiento judicial sumario)*, Madrid, 1994.
- GÓMEZ JENÉ, F. J., *La publicidad registral de las cláusulas de las hipotecas como base
de la seguridad jurídica. Seguridad jurídica y mercado secundario*, XVI Congre-
so Internacional de Derecho Registral, Valencia, mayo de 2008 (www.registradores.org).
- GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R., «La hipoteca», en *Instituciones de Derecho Privado*, t. III,
vol. 3.º, J. F. Delgado de Miguel, Thomson Civitas, Madrid, 2003.
- GONZÁLEZ-MENESES, M., «La Ley 41/2007 y las contradicciones de la desregulación»,
en *El Notario del Siglo XXI. Revista on line del Colegio Notarial de Madrid*,
marzo-abril de 2008, núm. 18.
- FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A.; RIFÁ SOLER, J. M., VALLS COMBAU, J. F., *Comentarios
a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III, Iurgium, Barcelona, 2000.
- JORDANO FRAGA, F., «Transmisión del crédito cedido y de la hipoteca accesoria en el
régimen vigente de la cesión de créditos hipotecarios», en *Revista Crítica de
Derecho inmobiliario*, 1999.
- *La constitución de la hipoteca inmobiliaria voluntaria*, Comares, Granada, 1999.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, III, vol. segundo, 2.ª ed., revisada
y puesta al día por A. Luna, Dykinson, Madrid, 2004.
- LACRUZ PÉREZ, M. J., *Notas prácticas sobre algunos aspectos de los préstamos y
créditos hipotecarios, tras la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que modifica la*

- Ley sobre subrogación y novación de préstamos hipotecarios* (www.notariosyregistradores.com).
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *Los créditos hipotecarios*, Madrid, 1977.
- LÓPEZ DE HARO, «Cesión del rédito hipotecario», en *RGLJ*, 1930.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M., MUÑOZ DE BENAVIDES, C., «Principales novedades de la Ley 41/2007 con relación al ámbito del mercado hipotecario y el sistema financiero», en *Diario La Ley*, 6864, 18 de enero de 2008 (*La Ley* 31/2008).
- MADRID PARRA, A., «Los valores hipotecarios tras la Ley 41/2007», en *Derecho de los Negocios*, núm. 214-215, julio-agosto de 2008.
- MARIÑO VILA, M., *Compensación por amortización anticipada* (www.notariosyregistradores.com).
- MARTÍNEZ-GIL VICH, J. L., «Privilegio exorbitante. La hipoteca flotante», en *El Notario del Siglo XXI, Revista on line del Colegio Notarial de Madrid*, marzo-abril de 2008, núm. 18.
- MERINO ESCARTÍN, F., *Hipoteca: cláusulas inscribibles y no* (www.notariosyregistradores.com).
- MONTERO AROCA, J., *Las ejecuciones hipotecarias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- MONTÉS PENADÉS, V. L., «Crédito y garantía en la hipoteca. Una reflexión sobre las ideas de J. M. Rey Portolés», en *Libro-Homenaje a J. M. Rey Portolés*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998.
- MUÑIZ ESPADA, E.; NASARRE AZNAR, S.; SÁNCHEZ JORDÁN, E., *Un modelo para una eurohipoteca. Desde el informe Segré hasta hoy*, Cuadernos de Derecho Registral, Fundación Registral, Madrid, 2008.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «De la transmisión de créditos y demás derechos incorporales (comentario a los arts. 1.526 a 1.536 del Código Civil)», en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, 4.^a ed., Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001.
- PRETEL SERRANO, J. J., «Artículo 153 de la Ley Hipotecaria», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, tomo VII, vol. 8, Edersa, Madrid, 2000.
- RICHARD GONZÁLEZ, M., «Artículo 695» y «Artículo 698», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, M. A. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, J. M. RIFÁ SOLER, J. F. VALLS GOMBAU, coordinadores, Tomo III, Barcelona, 2000.
- RIPOLL SOLER, A., *Compensación por amortización anticipada (Comentario de los arts. 7 a 9 de la Ley 41/2007)* (www.notariosyregistradores.com).
- ROCA SASTRE, R. M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, tomo VIII, 8.^a ed., Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1998.
- RODRÍGUEZ BOIX, F., *La notificación al deudor de la cesión del crédito hipotecario después de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre* (www.notariosyregistradores.com).
- RODRÍGUEZ OTERO, L., *Addenda de actualización de «Instituciones de Derecho Hipotecario», enero de 2008* (www.notariosyregistradores.com).
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., «Las cláusulas del préstamo hipotecario: su acceso registral tras la Ley 41/2007», en *Diario La Ley*, 6950, 21 de mayo de 2008 (*La Ley* 16887/2008).

- «Hipoteca de máximo e hipoteca flotante: su regulación en la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario», en *RCDI*, 707, mayo-junio de 2008.
- *Relación entre el crédito y la hipoteca: alcance del principio de accesoriadad*, Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2008.
- SANCHO REBULLIDA, F., en LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil*, III, vol. segundo, 2.^a ed., J. M. Bosch, Barcelona, 1991.
- TORRENTE GARCÍA DE LA MATA, J., «Artículo 12 de la Ley Hipotecaria», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, tomo VII, vol. 3, Edersa, Madrid, 1999.
- VALLE MUÑOZ, J. L., *La reforma del mercado secundario de hipotecas*, comunicación presentada al III Congreso Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Granada, 2006 (www.registradores.org).
- VIDAL FRANCÉS, P., «Problemática registral de los procedimientos de ejecución hipotecaria», en *Hipotecas y seguridad jurídica*, Colegios de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1991.
- YSAS Y SOLANES, «Comentario a la STS de 29 de junio de 1989», en *CCJC*, 21.

DODUMENTACIÓN DE INTERÉS

- Acuerdo europeo relativo a un código de conducta voluntario sobre información pre-contractual para créditos vivienda (ec.europa.eu/internal_market/fin services-retail/docs/home-loans/agreement_es.pdf).
- AIAF, *Informe Anual. El mercado de renta fija en el años 2007* (www.bolsasymercados.es) (www.aiaf.es).
- Asociación Hipotecaria Española, *Resumen de las propuestas de modificación formuladas al anteproyecto de Ley de modernización del mercado hipotecario, de regulación del régimen de las hipotecas inversas y del seguro de dependencia*, Madrid, 5 de diciembre de 2006 (www.ahe.es).
- Asociación Hipotecaria Española, *Nota informativa de la AHE en relación con el proyecto de Ley de reforma del mercado hipotecario*, 8 de marzo de 2007 (www.ahe.es).
- Asociación Hipotecaria Española, *Asamblea General de la Asociación Hipotecaria Española, Informe del Presidente*, Madrid, 27 de junio de 2007 (www.ahe.es).
- Asociación Hipotecaria Española, *Asamblea General de la Asociación Hipotecaria Española, Informe del Presidente*, Madrid, 25 de junio de 2008 (www.ahe.es).
- Asociación Hipotecaria Española, *Resumen del Informe trimestral de los mercados hipotecarios europeos de la Federación Hipotecaria Europea*. Resultados primer trimestre de 2008 (www.ahe.es).
- Banco de España. *Informe de Estabilidad Financiera 04/2008*. Madrid, 2008 (www.bde.es/informes/be/estfin/infestfin.htm).
- Comisión de las Comunidades Europeas, *Libro Blanco. Política de los servicios financieros 2005-2010 [SEC(2005) 1574]*. Bruselas, 1-12-2005, COM(2005) 629 final.

- Comisión de las Comunidades Europeas, *Libro Verde. El crédito hipotecario en la Unión Europea*. Bruselas, 19-7-2005, COM(2005) 327 final.
- Commission of the European Communities, *White Paper on the Integration of EU Mortgage Credit Markets (presented by the Commission) [SEC(2007)] 1683 [SEC(2007)] 1684*, Brussels, 18-12-2007. COM(2007) 807 final.
- Congreso de los Diputados. *Tramitación de la Ley 41/2007* (http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/ProydeLey?_piref73_1335538_73_1335535_1335535.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IWI8&PIECE=IWA8&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLBA.fmt&DOCS=127-127&QUERY=121.cini).
- European Commission, Report of the Mortgage Funding Expert Group. European Commission. Internal Market and Services DG FINANCIAL INSTITUTIONS. *Retail issues, consumer policy and payment systems*, Brussels, 22-12-2006 (http://ec.europa.eu/internal_market/).
- Foro Hipotecario del Colegio de Registradores, 18 de abril de 2007. Intervenciones de C. Rodríguez Braun, J. Vegas Torres, A. Domínguez Luelmo, R. Sanz Company, F. Cabrillo Rodríguez (www.registradores.org).
- Ministerio de Economía y Hacienda. Secretaría de Estado de Economía. *Respuestas del Ministerio de Economía y Hacienda de España a las preguntas planteadas en el Libro Verde de la Comisión de la Unión Europea sobre el «crédito hipotecario en la UE»* (1-12-2005) (ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/home-loans/comments/ms-es_minfin-es.pdf).
- Parlamento Europeo, *Resolución de 14 de noviembre de 2006 sobre crédito hipotecario [2006/2102(INI)]*.
- Servicio de Asesoramiento sobre el Sistema Bancario Español (SASBE), *Documento 88, Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario de la UE*, 23 enero 2008 (www.afi.es/infoanalistas/comun/MostrarFichero.asp?idContenido=822623&idSeccion=425646).

RESUMEN

HIPOTECA

La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario, introduce una mayor flexibilidad en los principios tradicionales de accesoria y especialidad cuando la hipoteca se constituye a favor de entidades financieras. En particular, y con el propósito declarado de flexibilizar los instrumentos de financiación y de que las entidades financieras puedan aumentar sus productos garantizados con hipoteca, la Ley introduce la llamada hipote-

ABSTRACT

MORTGAGE

Act 41/2007 of 7 December amending the Mortgage Market Act and other mortgage-system legislation lent greater flexibility to the traditional principles of accessory relationship and specificity of parties in mortgages made with financial institutions. The act's declared intent was to make financing instruments more flexible and to enable financial institutions to increase their mortgage-secured products. With that intent, the act did several things in particular: It introduced something called an «hipoteca glo-

ca global o flotante, permite discutir si introduce la «hipoteca recargable» y modifica algunos preceptos de la Ley Hipotecaria (arts. 12, 130 y 149). La defectuosa redacción de algunas reformas y la falta de coordinación con otros textos legales (señaladamente, con la Ley de Enjuiciamiento Civil) permite que sobre algunos aspectos claves de la reforma se hayan producido inicialmente diversas interpretaciones.

Aunque es difícil predecir cuál será la práctica de las entidades financieras y el éxito de algunas de las figuras introducidas por la Ley 41/2007, este trabajo se centra en la incidencia de la nueva regulación en la situación jurídica del acreedor, del deudor y de otros terceros interesados, en especial en el ámbito de la ejecución. También, en segundo lugar, en las consecuencias de la Ley en las garantías de los títulos del mercado hipotecario.

bal» or «hipoteca flotante» (a mortgage up to a maximum amount, secured by existing property, for several debts, some of which might not yet exist); it enabled discussion of the possibility of introducing «rechargeable mortgages»; and it amended some terms of the Mortgage Act (articles 12, 130 and 149). Because of the faulty wording of some terms and the lack of coordination with other laws (a case in point, the Civil Proceeding Act), some key aspects of the reform have given rise at first to a number of different interpretations.

Although it is hard to predict what practices financial institutions will take up and what success some of the concepts introduced by Act 41/2007 will have, this paper focuses on the new regulation's impact on the legal situation of the lender, the borrower and other interested third parties, especially in foreclosure. Also, secondarily, this paper addresses the act's consequences in terms of the guarantees backing mortgage-market securities.

(Trabajo recibido el 07-10-08 y aceptado para su publicación el 14-11-08)