

La inscripción de la hipoteca.
Artículo 12 LH reformado por
Ley 41/2007. Su lectura por la
Dirección General de los Registros y
del Notariado y por el Colegio de
Registradores. Contenido y efectos del
asiento de inscripción del derecho real
de hipoteca (más un apéndice con
notas a la Resolución de la DGRN
de 24 de julio de 2008)

por

FERNANDO CANALS BRAGE
Registrador de la Propiedad

SUMARIO

TEXTO DEL ARTÍCULO 12 LH REFORMADO POR LEY 41/2007.

LECTURAS:

PRIMERA. DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.
SEGUNDA. COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD:

UNO. PLANTEAMIENTO GLOBAL DE LA CUESTIÓN. (MÁS UNA CONSECUENCIA CONCRETA Y PARADIGMÁTICA: LA ADMISIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS PROHIBICIONES DE DISPONER COMO CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO.)

DOS. EL CONTENIDO DEL ASIENTO REGISTRAL DE HIPOTECA:

A) *Circunstancias propias de la hipoteca.*

B) *Circunstancias de la obligación garantizada.*

C) *Conclusiones.*

TRES. LA EFICACIA DEL ASIENTO REGISTRAL DE HIPOTECA:

1.º *Constitutividad.*

2.º *Fe pública registral.*

3.º *Inoponibilidad.*

4.º *Ejecutividad.*

5.º *Conclusión.*

CUATRO. APÉNDICE: NOTAS A LA RDGRN DE 24 DE JULIO DE 2008.

El artículo 12 de la Ley Hipotecaria, después de la reforma llevada a cabo por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, ha quedado redactado así:

«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 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».

La nueva forma de redacción del asiento de inscripción de las hipotecas que el artículo 12 ha establecido, ha propiciado lecturas diversas. Aquí nos vamos a ocupar de las siguientes.

PRIMERA. LECTURA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO (RESOLUCIÓN DE CONSULTA DE 21 DE DICIEMBRE DE 2007 Y RESOLUCIÓN DE 14 DE ENERO DE 2008 Y OTRAS POSTERIORES)

Esta lectura separa tajantemente los dos párrafos del precepto y entiende:

- Las cláusulas del párrafo primero son las que gozan de trascendencia real.
- Las cláusulas del párrafo segundo carecen de trascendencia real, su publicidad tiene efectos de mera noticia, quedan excluidas de la calificación del Registrador de la Propiedad, de modo que procede respecto de ellas la simple transcripción en el Registro.

Respecto de esta lectura, sin entrar en consideraciones sobre su procedencia ni consecuencias, puesto que ni había sido solicitada ni recaía en ningún caso sobre las cuestiones relacionadas directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, caben hacer las siguientes observaciones:

1.^a) No se entiende cómo pueden realizarse tales afirmaciones a partir del texto legal. No se encuentran en él palabras que deberían ser imprescindibles como «transcripción» o «mera noticia». No hay exclusión alguna de la calificación del Registrador de la Propiedad, al contrario se recuerda su presencia. Y sobre todo ahora, no se ve en él expresión ninguna que permita sostener el punto de partida de que sólo tiene trascendencia real el contenido del párrafo primero.

De hecho, este párrafo primero se refiere a la *deuda* y a los *intereses*, a la *obligación* y a su *naturaleza* y *duración*. Todas ellas circunstancias estrictamente obligacionales, carentes por principio de trascendencia real. Acaso sí pueda decirse que *el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria* es una cuestión puramente hipotecaria, pero nada del resto de su contenido.

También el párrafo segundo se ocupa estrictamente de las obligaciones garantizadas con hipoteca. De modo que el tratamiento por separado de ambos párrafos es absolutamente gratuito, más aún la afirmación de distintas trascendencias para uno y otro. Referidos ambos a la obligación, bien se ve entonces que el segundo no hace sino concretar un determinado aspecto del primero: la forma de hacer constar la identificación de determinadas cláusulas de las obligaciones garantizadas en la inscripción de las hipotecas.

Cuando el legislador, en el párrafo primero del precepto, requiere que en el asiento se identifiquen las «*obligaciones garantizadas*» con la hipoteca, «*cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración*», se está refiriendo a un derecho estrictamente personal, huérfano por descontento de la trascendencia real que la Dirección le añade. Al reclamar su *identificación* está exigiendo que consten en el asiento todas las circunstancias que permitan conocer el exacto contenido de la obligación que la hipoteca asegura. Identificar una obligación no es darle un nombre genérico o específico; no cabe pensar que al legislador le bastaría con que se dijera en el asiento que se trata de un préstamo, o de un crédito, o de un reconocimiento de deuda, o de un título cambiario..., ya que tal nominación no es, ni siquiera escasamente, identificativa. Tampoco bastaría al efecto mencionar un elemento como es la cuantía. Identificar es expresar todas aquellas circunstancias que definen el contenido de la obligación, de modo que la no expresión de alguna de ellas permitiría afirmar que la obligación no está identificada, pues hay circunstancias de la misma que no pueden ser públicamente conocidas.

De este modo se explica el párrafo segundo, mediante el cual el legislador expresa la manera en que «*las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras*» de la obligación, en el caso de entidades del

Mercado Hipotecario, han de hacerse constar en el asiento de inscripción de la hipoteca.

¿Qué son cláusulas de vencimiento anticipado sino aquéllas que inciden en la «duración» de la obligación garantizada? Y «duración» es exactamente, como hemos visto, la palabra empleada por el párrafo primero, que el segundo obviamente desarrolla, porque tan *duración* es el vencimiento normal como el anticipado de la obligación. Sin entrar en el debate sobre si son o no «condiciones resolutorias» del negocio —nos basta aquí la seguridad de que conllevan para el deudor la necesaria devolución anticipada del crédito concedido—, no cabe la menor duda de que la admisibilidad de los pactos de vencimiento anticipado de la obligación se halla en el ámbito de libertad con la que las partes pueden regular el «plazo» (o duración) de sus obligaciones, artículos 1.125 y siguientes del Código Civil.

¿Y no son las *cláusulas financieras* las que determinan, o establecen los criterios de determinación del contenido económico de la obligación garantizada?

Por lo tanto o el contenido de ambos párrafos del precepto comentado carece de trascendencia real o ambos la tienen.

2.^a) Nos dice la norma que en el asiento de inscripción de la hipoteca, en el supuesto de sujeto activo contemplado, las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de la obligación garantizada, se harán constar «*en los términos que resulten de la escritura de formalización*». Cabe pues perfectamente la lectura inmediata, aunque no sea mi preferida: el traslado al asiento registral de la voluntad de las partes debe ser literal, no hay margen para que el Registrador de la Propiedad altere, aunque sea por vía de resumen, el contenido de la escritura.

Tal traslado literal se puede definir gramaticalmente, pues así lo recoge el DRAE, como una «transcripción».

Ahora bien, una cosa es imponer la expresión literal en el asiento de determinados contenidos de la escritura (transcripción), y otra muy distinta es afirmar que por ello la parte transcrita no goza del valor de la inscripción, del valor del asiento en que se inserta. Mal estaría que, sin que la Ley diga nada, se afirme que respecto de esa parte el sistema registral español ya no es de inscripción, sino de transcripción (transformando una forma de expresión en un sistema jurídico). Tal afirmación no dejaría de ser gratuita, en cuanto que la Ley 41/2007 no ha tocado para nada los fundamentos jurídicos del sistema. Ninguno de los preceptos legales que determinan la eficacia de los asientos ha sido modificado; ni desde luego el artículo 12 LH la menciona en absoluto.

Pero ni siquiera la Dirección concede a la transcripción la eficacia de tal sistema, sino que, excluyendo para la misma la calificación del Registrador de la Propiedad, del hecho de la literalidad se deduce la ausencia de eficacia

registral. La mera noticia significa que el Registro de la Propiedad no aporta nada a lo publicado.

Por pura proximidad cronológica, aunque sea paradójico, hay que empezar observando que ya llevamos años en los Registros de la Propiedad «copiando literalmente las condiciones suspensivas, resolutorias o de otro orden» establecidas en la escritura (art. 51 RH), sin que a nadie se le haya ocurrido decir que eso es una simple transcripción con efectos de tal, menos aún, sin calificación y con efectos de mera noticia.

Pero es que además la «transcripción» es la forma natural de redacción de los contenidos del asiento del derecho real de hipoteca. No puedo detenerme aquí a seguir en profundidad la historia de los modelos reglamentarios de redacción del mismo, al que los Registradores deben acomodarse (art. 374 RH), pero sí apuntar que el del Reglamento de 1869 ya requería que la expresión de las condiciones fuera «literal», y el de 1909 utilizaba expresamente la palabra «transcripción». El vigente de 1947 hace la precisión de exigir la consignación únicamente de las estipulaciones que tengan trascendencia real, pero en la práctica no hubo duda sobre que continuaba el traslado «literal» de las cláusulas que reunieran tal requisito.

3.ª) Obviamente nada dice la Ley acerca del significado de la publicidad noticia que la Dirección impone, por lo que debería ser ésta la que simultáneamente aclarara lo que quiere decir «publicidad noticia» de unos pactos personales, cuya eficacia por principio se limita a las partes que los han pactado y que por lo tanto debe presumirse que ya los conocen.

(Podemos señalar un posible significado del que luego me ocuparé: la de ser tenidos en cuenta en el proceso de ejecución hipotecaria (art. 130 LH); pero desde luego aquí hay una exigencia y una eficacia que exceden, sin duda, de lo que es una mera información pública, si por tal se entiende noticia).

En realidad la postura de la Dirección tendría cierto sentido si se hubiera convertido en norma una muy peculiar redacción del Anteproyecto que contemplaba la oponibilidad legal a terceros del contenido, sin publicidad alguna, de la escritura. Así sí se podría explicar la publicidad noticia como información de una imposición legal. Pero tal planteamiento fue expresamente rechazado por el legislador.

La publicidad noticia —que si no recuerdo mal se introdujo normativamente a través del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, de normas complementarias del Reglamento Hipotecario en relación con la inscripción de actos de naturaleza urbanística— pretende exclusivamente facilitar el conocimiento por terceros de la «situación urbanística» de la finca, a cuyo margen se haya extendido la correspondiente nota expresiva de la misma (art. 73). Es desde luego un instrumento de colaboración del Registro de la Propiedad con el urbanismo, aunque particularmente me muestro reacio a la misma, en cuanto

supone la alteración de los fundamentos del sistema. La publicidad noticia se refiere a supuestos de imposición legal a terceros; su eficacia se encuentra pues en el artículo 6.1 del Código Civil y en el valor normativo de los «deberes» urbanísticos. La publicidad nada añade al valor como norma de lo publicado; se limita a facilitar su conocimiento por terceros interesados en adquirir derechos respecto de la finca en cuestión. Pero su constancia irregular, en determinados supuestos sí, no en otros, puede generar la desconfianza de la sociedad sobre el valor normativo de estos últimos. Amén de que no contribuye a precisar con claridad la distinción entre «deberes» urbanísticos (normas) y «cargas» urbanísticas (convenios), siendo así que en estas últimas la publicidad debe exigirse con arreglo a los principios generales del sistema (inoponibilidad y fe pública). A mi entender es evidente que los supuestos de «publicidad noticia» están plenamente tipificados, y sólo una norma con rango de Ley puede establecerlos y obviamente con toda claridad.

El hecho de que el Registro de la Propiedad sea «público», no quiere decir que la publicidad sea su efecto: éste siempre debe ser declarado por la Ley, y ésta para nada ha alterado los principios de la Ley Hipotecaria.

La esencia pues de la publicidad noticia es la imposición legal de lo publicado. El Registro de la Propiedad nada añade, simplemente facilita su conocimiento. Acaso la Dirección trate de recuperar, modificando el sistema de Derecho Civil, el texto que no pasó a ser norma. A falta de tal norma, la publicidad noticia de pactos personales no sólo carece de sentido, sino que además es muy peligrosa, pues puede generar confusión. Acaso pueda decirse que es bueno que el tercero —sea un adquirente del crédito hipotecario, sea un adquirente de la finca—, conozca por la publicidad el contenido obligacional del derecho o de la carga adquiridos. Pero esta pretensión de conocimiento debe manejarse con cuidado, pues si la información publicada no define el contenido del correspondiente crédito o de la correspondiente deuda en el caso de ser errónea o de haber sido modificado tal contenido por otro cuya información no consta publicada, de modo que lo adquirido es precisamente lo no publicado, el resultado es el daño para todo el sistema, el menor desde luego el del derecho inmobiliario. La publicidad noticia de pactos personales significa desconocer, o cuanto menos confundir, el régimen de Derecho Civil para la transmisión activa y pasiva de obligaciones.

4.^a) Probablemente el aspecto más penoso de la lectura de la Dirección es que, para justificarse, necesita rechazar la trascendencia real de todo el contenido de la escritura pública referido a las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de la obligación garantizada. Obviamente no hay ninguna explicación en ella de por qué la identificación de la obligación o, incluso más precisamente, la misma obligación de devolver o la de devengo de intereses en su caso (párrafo primero), tienen trascenden-

cia real y no la tienen la de hacerlo anticipadamente o con sujeción a determinadas condiciones, que no por ser «*financieras*» dejan de ser cláusulas civiles o mercantiles de la obligación. Pero lo cierto es que se afirma que estas últimas carecen de ella por imperativo legal.

Esto significaría que la Ley 21/2007 ha venido a modificar, sin decirlo, el consagrado principio del *númerus apertus* en la creación de los derechos reales. Principio sustentado en la autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC) —y en la ausencia en este cuerpo legal de todo criterio prohibitivo— y consagrado legislativamente en los artículos 2.2.º LH y 7 RH, y que significa que los particulares tienen atribuida no sólo la posible creación de derechos reales atípicos, sino la libertad en la configuración del contenido de los derechos reales típicos, siempre con sujeción a límites institucionales —de alguna manera el respeto a la naturaleza dogmática del derecho real—, que son necesariamente más estrictos que los impuestos a la autonomía de la voluntad, puesto que por principio se trata de la afectación a terceros, ajenos a las partes constituyentes del derecho. Dentro de esos límites, la especialidad o determinación en el contenido del derecho capaz de afectar a tercero —no en vano es uno de los principios registrales—, es considerada trascendental.

No procede entretenerse ahora a estudiar en profundidad dónde se hallan los límites a la libre configuración de los derechos reales. Lo que importa es destacar cómo la Dirección ha decidido que esa libertad no puede extenderse a las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas con hipoteca, de modo que las partes no pueden integrar éstas dentro del contenido del derecho real de garantía, por haberlas excluido expresamente (?) el legislador de tal «contenido», que queda reducido al párrafo primero del que las mismas no forman parte. Como toda restricción es ciertamente grave y en este caso además en modo alguno se le dota de justificación.

Comprendo que las entidades financieras contemplen con preocupación el resultado de tan gratuita lectura, pues no en vano la práctica totalidad de las ejecuciones hipotecarias que se producen en nuestro país se sustentan en una cláusula de vencimiento anticipado. Es verdad que no corresponde a la Dirección decidir sobre la eficacia de los asientos. Pero acaso a aquél a quien sí corresponde tal decisión tenga en cuenta la manera y razón en que tales cláusulas han accedido al Registro. Es verdad que tales circunstancias pueden ser consideradas «*extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo*», y por lo tanto base sobre la que podrá ejercitarse el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados (art. 130 LH). Pero es dudoso, porque no es coherente que el procedimiento de ejecución hipotecaria se extienda a extremos que no forman parte del contenido del derecho real de hipoteca, y porque en tal caso se habrá establecido en tal

procedimiento una injustificable diferencia según el actor sea o no una Entidad del Mercado Hipotecario.

(En todo caso habremos de indagar sobre la razón y consecuencias de la diferencia que la Dirección ha establecido respecto de las hipotecas constituidas a favor de personas que no sean entidades del Mercado Hipotecario: ¿éstas no han perdido la libertad de configuración de su derecho real de hipoteca, o por el contrario se ven limitadas en el sentido de que ni como pactos personales las cláusulas en cuestión se pueden transcribir en el Registro, ni ser tenidas en cuenta en el proceso de ejecución directa?).

En cualquier caso, obligado debe ser para el Registrador de la Propiedad, de seguirse el planteamiento de la Dirección, el distinguir claramente en el asiento registral uno y otro contenido con expresión de su distinta consideración y eficacia, para no llamar a engaño sobre las consecuencias de la publicidad registral. Imagino que a las entidades afectadas no les gustaría que en la correspondiente certificación registral a efectos del procedimiento hipotecario se trasladara coherentemente esa distinción entre el contenido con trascendencia real de la hipoteca y el contenido sin trascendencia real publicado a efectos de mera noticia, especialmente si hubiera terceros interesados en tal procedimiento.

5.^a) Retomando la idea de que la Dirección está cercenando el derecho de las partes a configurar el contenido del derecho real de hipoteca, hay que recordar que en nuestro sistema inmobiliario los derechos se inscriben por ser reales, y no son reales porque se inscribe.

Y este planteamiento opera asimismo en el derecho real de hipoteca, con independencia del carácter constitutivo de la inscripción —que ésta sí es una imposición legal (art. 1.875 CC), pero es que el legislador entendió antes que nadie que la publicidad es requisito estructural de toda forma de limitación de la responsabilidad universal, de toda excepción al principio de la *par conditio creditorum* (art. 1.911 CC), y la hipoteca sin duda lo es como «sujeción» de un inmueble al «cumplimiento de una obligación» (art. 1.856 CC)—. De modo que incluso en la hipoteca, la trascendencia real se halla, vocacionalmente si se quiere, en la escritura, y rechazar que las partes puedan configurar públicamente su negocio atribuyendo trascendencia real a elementos sustanciales del derecho de hipoteca —porque, como hemos visto, sin duda forma parte de él el contenido identificador de la obligación garantizada—, es causar, siquiera sea por confusión, grave daño al sistema. (De hecho son frecuentes las escrituras en que tal pretensión de trascendencia real no sólo es implícita, sino claramente explícita, ya que expresamente las partes negociales la excluyen para determinados pactos a los que atribuyen expresamente valor *inter partes*, de modo que también expresamente los excluyen, pero sólo a ellos, de la inscripción. ¿Qué valor tendrían en este caso

para la Dirección las cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras cuya inscripción, por su naturaleza real, se hubiera solicitado expresamente).

Por eso debe quedar claro que la trascendencia real es siempre la pretensión de las partes al constituir el derecho típico o al configurar el atípico con tal naturaleza *erga omnes*, de modo que cuando el Registrador de la Propiedad rechaza la trascendencia real de una determinada cláusula, no quiere decir que esté confrontado esta cláusula con un listado objetivo (tipificado) de trascendencias reales, sino que lo que quiere decir es que no puede reconocer la trascendencia real pretendida porque la cláusula no reúne los requisitos estructurales de los derechos reales. Requisitos sutiles y difíciles por naturaleza de «tipificar», pero que empiezan por el respeto de los límites impuestos a la autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC), pueden continuar por idéntico respeto al principio de determinación y culminar con los de los requisitos intrínsecos a la eficacia *erga omnes* del derecho, y a la inviolabilidad del principio de libre circulación de los bienes. O más exactamente en orden inverso. Por eso cuando el Registrador de la Propiedad rechaza tal trascendencia, incluso por entender que el pacto en cuestión es «contrario a la Ley» (art. 1.255 CC), en ningún caso está enjuiciando la validez *inter partes* del negocio.

En el caso de la hipoteca, la situación se hace aparentemente aún más complicada, pues el derecho real de garantía viene por principio, en un sistema de accesoriedad, acompañado de una obligación personal, que es la garantizada. Resultaría contrario a la estructura intrínseca de los derechos reales el pretender que la obligación garantizada —como tal obligación y en todo y cada uno de sus aspectos, desde el más simple que es devolver—, tuviera trascendencia real. Esto parece evidente. Ni siquiera la extrema concepción de la confusión de garantía y obligación en el híbrido «crédito hipotecario» es capaz de atribuir a la obligación —como tal obligación— trascendencia real. No circula la obligación con el inmueble (art. 118 LH), por más que en la práctica el acto expreso de su asunción —acto añadido y típico para la transmisión de deudas— sea frecuente.

Ahora bien, sí puede (y debe, en un sistema de accesoriedad) tener trascendencia real la pretensión de las partes de que el derecho de garantía se extienda a todo el contenido de la obligación. No se trata ahora de la trascendencia de la obligación como tal, sino en cuanto determina el contenido (objeto) de la hipoteca. De modo que toda aquella circunstancia de la obligación que, según el querer de las partes del negocio, influya en el ámbito de la ejecución hipotecaria, bien porque pueda propiciarla —vencimiento normal o anticipado— bien porque fije los derechos del acreedor —cuantías garantizadas y su determinación— gozan de intrínseca trascendencia real, en cuanto determinan el contenido del derecho real de garantía. De esta manera queda superado el primer escollo para el reconocimiento a tal contenido de la aptitud para ser «inscrito» en el

asiento configurador del derecho real de hipoteca; después habrá de superar otros escollos, como que el pacto en cuestión no atente al principio de libre circulación de los bienes, o respete la determinación y claridad intrínseca en los derechos reales, o los límites negociales impuestos a la autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC). Requisitos, todos ellos, que habrá de controlar el Registrador de la Propiedad (arts. 12 y 18 LH) a los solos efectos de reconocer la procedencia de la trascendencia real pretendida (y en consecuencia atribuir legitimación registral).

Sin embargo, en la práctica, por razones que luego trataré de explicar, se había producido una alteración sustancial en el planteamiento, de manera que parecía entenderse que la «trascendencia real» de una cláusula era una atribución de la administración, derivada de la concesión de publicidad. A mi modo de ver, éste es el extremo en el que ha venido a incidir la Ley 41/2007, que pretende asegurar la uniformidad en el «contenido» del derecho real de hipoteca, reconociendo a las partes su derecho a determinar las cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras de trascendencia real.

6.^a) Por último, y sin detenerme demasiado en el asunto, la exclusión de la calificación registral de las cláusulas carentes de trascendencia real no tiene base alguna en la Ley, porque tal exclusión ya es en sí una calificación. Y el hecho de que deba negárseles el acceso del Registro de la Propiedad por tal motivo (arts. 2 y 98 LH y 51 RH), no quiere decir que no deba hacerse también por cualquier otro, si éste concurre. Porque en realidad hay que insistir nuevamente, el Registrador de la Propiedad no deniega la trascendencia real, ya que no le corresponde a él otorgarla; lo que rechaza es la pretensión de trascendencia real querida por las partes y, obviamente, deberá expresar todos los motivos de su rechazo.

De hecho la ausencia de tales cláusulas en la nota de calificación, so pretexto de que tal nota únicamente se refiere a lo previamente expurgado como real, contradice gravemente los propios postulados directivos. Resulta obvio que una prohibición de disponer es ante todo un pacto personal carente de trascendencia real. Habría, pues, que excluir de ella toda referencia en la nota. Acaso el acreedor se entere de que no consta inscrita en el Registro y plantee un recurso gubernativo. Resultaría probable que la Dirección advirtiera al registrador de que incumple unas cuantas obligaciones. La de informar al interesado sobre el contenido no inscribible de su derecho, la de no causarle indefensión —producida al no saber éste qué y por qué se le ha rechazado—, y la de integridad en la calificación, si acaso pretendiera después el Registrador alegar en el recurso el artículo 27 LH o cualquier otro argumento.

(La exclusión en la nota de calificación, que ciertamente se produce en la práctica, se refiere puramente a circunstancias absolutamente «ajenas» al negocio documentado que consten en la escritura —otorgamiento de poderes,

avales, cuestiones fiscales...—, y en todo caso su «ajenidad» debe ser evidente por sentido común; pues en otro caso lo procedente es consignar su exclusión en la nota al pie del título).

Con posterioridad a la redacción de este trabajo, se ha publicado en el *BOE* de 7 de agosto la Resolución de 24 de julio de 2008, que se ocupa directamente de nuestro asunto por producirse la calificación una vez en vigor la norma analizada.

Tal Resolución da respuesta a algunos de los interrogantes planteados en los puntos que anteceden. Con todo he preferido mantener el trabajo como lo tenía redactado, pues me parece interesante expresar mi línea de pensamiento antes de abordar la configuración de la hipoteca que realiza tal Resolución, de modo que a continuación «transcribiré» sus Fundamentos de Derecho, respecto de los que mediante notas haré alguna reflexión.

Sin embargo, sí debo decir ahora que para la Dirección la hipoteca ha quedado convertida en una situación indeterminada de riesgos máximos, por una responsabilidad máxima y una duración máxima, en la que las cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras carecen por norma de trascendencia real, pero sí pueden afectar a terceros en la ejecución de la garantía real, de modo que lo único seguro en su concepto del derecho real de hipoteca es la voluntad de excluir la calificación de los Registradores de la Propiedad.

SEGUNDA. LA LECTURA DEL COLEGIO DE REGISTRADORES

La Comisión de Estudios del Colegio de Registradores realizó una lectura del precepto, dentro de una visión global de la reforma, que muy esquemáticamente, y a los estrictos efectos que aquí interesan, puede resumirse así:

- Exigencia de homogeneidad en la calificación de la hipoteca y en la expresión de su contenido en la inscripción.
- Al Registro deben acceder no sólo las cláusulas de trascendencia real que forman parte estrictamente de la garantía hipotecaria, sino además las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras (Anexo II, Orden de 5 de mayo de 1994) que, en cuanto configuran el contenido de la obligación garantizada, delimitan el propio del derecho real de hipoteca. De ahí la reforma del artículo 130 LH que determina el contenido susceptible de ejecución hipotecaria.
- El ámbito de la calificación registral no se ha modificado, si bien ésta debe ejercerse desde una perspectiva colectiva, ya que se trata de negocios en masa que exigen un tratamiento previsible y homogéneo. Sólo deben denegarse las cláusulas contrarias a una norma imperativa

o declaradas nulas en virtud de sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales.

- Conforme a ello, y prescindiendo de cláusulas claramente personales y ajenas a la hipoteca (obligaciones no garantizadas, sumisión, obtención de copias, renuncia del deudor a cancelación parcial, o a la notificación de la cesión, descuentos del precio del remate...), se entiende que no deben acceder al Registro las siguientes cláusulas:
 - Variación interés solo al alza o no objetivo (Disp. Ad. 12, Ley 44/2002, arts. 1.256 CC y 10 LGDCU), redondeo por encima 1/8 puntos (art. 84 LGDCU) y comisiones o compensaciones que excedan del máximo legal.
 - Vencimiento anticipado por realización de actos dispositivos de la finca hipotecada (art. 27 LH), por declaración de concurso del deudor y en general por su insolvencia o desequilibrio patrimonial (art. 61 LCo), o por disminución del valor de la finca a juicio del prestamista o apreciada por perito designado por ésta (art. 1.256 CC).

La Junta de Gobierno del Colegio publicó las anteriores conclusiones y como consecuencia de conversaciones habidas con las entidades financieras dictó una serie de Normas Prácticas para guiar la actuación de los Registradores, que, por lo que hacen al artículo 12 LH único del que aquí me ocupo, siguen punto por punto las conclusiones de la Comisión, si bien añaden una serie de consideraciones sobre la forma en que las cláusulas discutidas podrían ser redactadas para no incurrir en la ininscribibilidad que la Comisión había entendido.

Tales criterios de admisibilidad podrían resumirse así:

- El pacto de vencimiento anticipado por declaración de concurso debe admitirse no sólo cuando éste afecte a un garante no deudor, sino asimismo cuando se respete la propia Ley Concursal (art. 61 y sigs. LCo: obligaciones recíprocas pendientes).
- También debe admitirse en el caso derivado de la disminución de valor de la finca hipotecada, siempre que ello resulte del juicio de una Entidad de tasación legalmente autorizada, aunque la iniciativa de la nueva valoración se haya realizado por la Entidad financiera.
- Asimismo en los supuestos de riesgo de insolvencia del deudor, siempre que se condicione el vencimiento anticipado al hecho de que éste no amplíe la hipoteca a otros bienes u ofrezca nuevas garantías igualmente seguras (para respetar el art. 1.129 CC).
- Se rechaza el efecto real de las prohibiciones de disponer (no pueden provocar el cierre del Registro), pero se admiten como causa de ven-

cimiento anticipado, si el préstamo se hubiera concedido en consideración a la persona del deudor y la subrogación en la responsabilidad personal del nuevo adquirente no fuere aceptada por la Entidad de crédito (art. 27 LH, inciso final).

La cita que se hace de ambos informes colegiales es ciertamente reducida, porque no pretendo en estas líneas realizar un trabajo práctico, minucioso y casuístico sobre la forma en que debe practicarse ahora la inscripción de la hipoteca, sino que pretendo precisar, en la medida de la posible, los principios de cuál sea el objeto de tal inscripción —habida cuenta de que en ella van ligados de una muy especial manera un derecho personal (obligación) y un derecho real (garantía)—, tal y como entiendo que ha quedado después de la reforma del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, para pasar luego a estudiar en qué medida la eficacia de la inscripción —que se va a tratar en cuanto a cuatro aspectos: constitutividad, fe pública, inoponibilidad y ejecutividad—, se ha visto así modificada, en cuanto a todo o a parte de su contenido, vista la alteración sufrida por éste.

No obstante, antes de entrar como procede en los concretos aspectos de contenido (DOS) y eficacia (TRES) de la inscripción, me interesa apuntar el nuevo planteamiento global de la cuestión (UNO), necesariamente previo de aquéllos.

UNO. PLANTEAMIENTO GLOBAL DE LA CUESTIÓN. (MÁS UNA CONSECUENCIA CONCRETA Y PARADIGMÁTICA: LA ADMISIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS PROHIBICIONES DE DISPONER COMO CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO)

Creo que el aspecto más importante que se detecta en los trabajos colegiales es la asunción de que la reforma legal impone la percepción de la hipoteca dentro de la globalidad del mercado hipotecario. Es precisamente tal planteamiento global el que implica la necesidad de un tratamiento uniforme en la inscripción de las concretas escrituras de hipoteca y por consecuencia previa en su calificación. Existe desde luego en ambos escritos y es detectable en la práctica diaria de las oficinas la búsqueda de tal uniformidad. Acaso disfrazadamente, se dice que no hay propiamente una pérdida de la calificación individual, sino la voluntad de aceptación de criterios colectivos.

Porque, en todo caso, tal perspectiva de globalidad supone la superación de la estricta visión, jurídicamente inobjetable, de la hipoteca como un derecho real apegado a una concreta finca, y cuyas vicisitudes giran sustancialmente en torno a ella, quedando en un segundo plano, dada su irrelevancia en cuanto a la eficacia de la garantía, la misma persona del deudor. Línea clásica desde la primera Ley Hipotecaria, cuya Exposición de Motivos expresaba,

con frase después muy reiterada, que el préstamo no se hacía propiamente a tal persona, sino a tal finca. Esta visión particularista ha debido quedar superada, no sólo porque la contratación en masa —y de alguna manera vinculada toda ella entre sí como unidad en la refinanciación que en el mercado hipotecario obtiene el en aquélla acreedor, y en ésta deudor—, difícilmente tolera su atomización, no sólo de forma, asimismo de contenido, resultante de la aplicación de un particular criterio de apreciación respecto de cada una de las fincas hipotecadas, sino porque la afirmación de sustento —la finca es garantía suficiente a efectos de recobro—, puede resultar dañada por la propia universalidad del crédito. Pues aunque sea razonable afirmar que en un mercado hipotecario cuyas reglas jurídicas se hubieran respetado escrupulosamente —calidad y eficacia jurídica del propio sistema, y de los bienes, de sus tasaciones, de la relación crédito-valor...— la certeza en la recuperación de la inversión, gracias a la garantía hipotecaria, resulta indudable, es lo cierto que resulta impensable en objetivizar total y absolutamente el mismo, como si una generalidad de ejecuciones, aún sin pensar en la universalidad, fuera naturalmente asumible por el sistema.

Todo ello nos lleva a la idea de que el sistema hipotecario, como engranaje cualificado de regulación de una colectividad, no puede desconectarse de la solvencia de los deudores, entendida aquí como «posibilidad» de pago, de modo que la esencia de la hipoteca, como derecho de garantía, ha de situarse más en su capacidad de compulsión a realizarlo, que en su calidad de mecanismo que asegura el recobro de su inversión por el prestamista. (De hecho en la práctica se ve también que las condiciones de los préstamos hipotecarios se agravan más en función del riesgo de impago que en función del valor de la garantía, y factor fundamental a tener en cuenta para analizar tal riesgo es el grado de presión para la voluntad del deudor que la naturaleza del inmueble representa: vivienda habitual, segunda residencia, local...).

Ejemplo de cuanto hasta aquí se ha venido diciendo es la admisión del incumplimiento de las prohibiciones de disponer como causa de vencimiento anticipado de la obligación. Es a la única cláusula a la que voy a dedicar unas líneas, porque es paradigmática del cambio de criterio a que la reforma ha movido, y es asimismo expresiva de la disparidad de planteamientos de las lecturas a que me he referido. Su admisibilidad, aunque sea condicionada en los términos que se han precisado, ya ha generado bastante polémica entre los Registradores, e incluso en sectores doctrinales y prácticos partidarios de un mayor control preventivo por los primeros de las condiciones impuestas a los consumidores por las entidades financieras. Se acusa que de alguna manera todo el tráfico inmobiliario va a quedar, en consecuencia, en manos de éstas, mediante el recurso de imponer, en su caso, la obligación de devolver los préstamos.

Ya he dicho antes que las «prohibiciones voluntarias de disponer» son admisibles como pactos personales, esto es, como puras obligaciones, pero en tanto vinculaciones que pueden llegar a ser se les ha negado, por doctrina y jurisprudencia, la trascendencia real, salvo que vengan establecidas en actos a título gratuito y dentro de ciertos límites a la postre temporales. A mis efectos no es necesario detenerse en su análisis para justificar y profundizar este planteamiento. Como consecuencia de tal negación, no puede pensarse en su eficacia respecto de tercero y de ahí el rechazo a su inscripción (arts. 26 y 27 LH), inscripción que implicaría el cierre del Registro de la Propiedad a la transmisión prohibida. Así pues, el hecho de que dentro de las cláusulas financieras se incluyera una prohibición de disponer, no podría significar, de por sí, una alteración de su naturaleza, ni tampoco un posible traslado literal al Registro como cláusula sin trascendencia real, sin calificación y con efecto de mera noticia. Esto es lo que establece el artículo 12 LH cuando requiere para la inscripción de tales cláusulas la trascendencia real, como en el apartado siguiente desarrollaré.

Cuestión distinta es que el incumplimiento del pacto personal de no disponer —claramente válido en sí hemos visto—, sea elevado por las partes a la categoría de causa de «vencimiento anticipado» de la obligación, de modo que el deudor que lo realizara, enajenando la finca, se viera obligado a devolver el préstamo. El pacto de no disponer no deja en ningún caso de ser personal, pero desde el momento en que su incumplimiento puede provocar la ejecución de la hipoteca —en cuanto el vencimiento del crédito es el primero de los requisitos necesarios para ello— su trascendencia respecto de la garantía, *ergo* su «trascendencia real», es indudable, por lo que como elemento de «*identificación de la obligación*» garantizada (art. 12, párrafo primero LH) debe hacerse constar en la inscripción de la hipoteca, «*en los términos que resulten de la escritura de formalización*» (art. 12, párrafo segundo LH), pues de una «*cláusula de vencimiento anticipado*» se trata, siempre previa «*calificación registral*» favorable (art. 18 LH y el mismo art. 12 tan repetido).

Tradicionalmente se ha visto el artículo 27 LH como obstáculo que impedía la inscripción del incumplimiento de la prohibición de disponer como pacto de vencimiento anticipado de las hipotecas. Así había sido declarado por la jurisprudencia tradicional y la línea se seguía en la práctica por cierta pacífica inercia. Pero, si bien se mira, pueden encontrarse en el mismo precepto razones para la inscripción de la cláusula, si a tales razones se añade una perspectiva menos dogmática del principio de accesoriedad.

En efecto, la validez intrínseca de la obligación de no disponer se asume expresamente por el legislador desde el momento en que se permite «*que mediante hipoteca o cualquiera otra forma de garantía real se asegure su cumplimiento*». No admite discusión alguna que en tal caso lo «garantizado»,

en un sentido si se quiere vulgar, será la «indemnización» del daño que se causaría al imponente de la prohibición (y cuyo monto obviamente habría de fijarse en la inscripción, como exigencia del principio de especialidad, art. 12 LH), pues a la postre lo único que puede conceder la hipoteca es una satisfacción económica. Pues bien, verdaderamente no se ven razones de suficiente peso como para excluir que la «indemnización» pueda consistir en la devolución anticipada de un importe prestado claramente determinado. (¿Habría que recurrir a la constitución de una hipoteca nueva para garantizar la sanción por incumplimiento, sanción que se cuantificaría en función de la cantidad pendiente de devolver del préstamo anterior?).

Queda acaso el prurito de evitar que las entidades financieras se conviertan en los árbitros del tráfico inmobiliario, pero este prurito obedece más a principios dolidos que a la realidad, pues la práctica revela ya que no se vende voluntariamente un solo piso hipotecado, sin que el deudor negocie las condiciones de su «liberación» con el acreedor hipotecario, liberación que pasa por la devolución o la subrogación.

Al respecto hay que recordar desde luego la perspectiva global con la que hoy, según ha quedado dicho, debe contemplarse el sistema hipotecario, perspectiva que pone el acento en la solvencia de cada deudor como eje de la solvencia del sistema. Y desde esta perspectiva asumir que no tiene lógica que toda la labor de depuración de la solvencia del deudor hipotecario que realiza el acreedor a la hora de conceder la «hipoteca», quede jurídicamente desprotegida por la enajenación que el mismo realice del bien hipotecado, máxime cuando una de las razones que la doctrina económica encuentra para el reconocimiento legal de los «beneficios jurídicos» —eludo deliberadamente el término «privilegio» que tiende a confundir el derecho real de hipoteca con los créditos—, concedidos a la hipoteca, se encuentra precisamente en la compensación al acreedor de los costes causados por las señales que lanza al mercado sobre la solvencia de los deudores, o cuanto menos en el control que realiza de ella.

Desde esta perspectiva se explica bien la condición de admisibilidad para la cláusula de vencimiento anticipado aportada por la Junta de Gobierno del Colegio de Registradores.

Es cierto que, sin su consentimiento, la entidad financiera no pierde la solvencia del primitivo deudor (arts. 1.205 CC y 118 LH), pero también lo es que a partir del momento de la transmisión de la finca, la función de garantía de la hipoteca como compulsión al cumplimiento no se produce respecto del obligado de la misma manera. Podría pensarse en que se realiza con ella una modificación unilateral del negocio constitutivo de la hipoteca, ya que la hipoteca por deuda ajena tiene, como mecanismo de garantía, un distinto fundamento. Por otra parte, el posible carácter tácito de aquel consentimiento impone graves urgencias a la entidad acreedora.

DOS. EL CONTENIDO DEL ASIENTO REGISTRAL DE HIPOTECA

El objeto de la inscripción en el Registro de la Propiedad es el derecho real de hipoteca (arts. 2 y 98 LH).

En España, por principio, no existe la hipoteca independiente; toda hipoteca es accesorio, esto es, toda hipoteca se constituye en garantía del cumplimiento de una obligación. La relación que liga la hipoteca con la obligación garantizada es una relación de accesoriedad, aquélla se constituye al servicio de ésta.

Pero tal relación al propio tiempo significa que ambos elementos son derechos propios con su propio contenido, de modo que ambos podrían definirse como principales, por cuanto de lo contrario la hipoteca sería una simple cualidad del crédito, y esto, obviamente, no es así.

De modo que necesariamente, al inscribirse en el Registro de la Propiedad la hipoteca, debe hacerse en el asiento referencia a la obligación garantizada. La obligación es así objeto de publicidad, pero ello no quiere decir que sea objeto de inscripción, de modo que en principio la eficacia registral únicamente será predicable del derecho real que es el que constituye su objeto. Tal eficacia será razonablemente extensiva a la obligación, en la medida en que ésta constituya el contenido del derecho real de garantía, no como tal obligación en sí. Si bien, al producirse de hecho la publicación del crédito habrá de plantearse si este derecho personal se beneficia en alguna manera de la eficacia que el sistema atribuye a la garantía.

Por principio rechazo aquí que derecho real y obligación garantizada se fusionen en una figura híbrida, que es la que sería objeto de inscripción: el crédito hipotecario, dotado de aspectos personales y reales, siendo éstos los que facilitan su acceso al Registro. Personalmente entiendo que tal planteamiento no corresponde a la realidad de las cosas, y me mantengo en la línea clásica que diferencia la garantía de la obligación garantizada.

Digamos plásticamente: La hipoteca tiene una función: garantía. Por tanto: dos objetos: la finca y el crédito. Un medio de realización: la vinculación entre los objetos (sujeción para cumplimiento). Y un instrumento que lo posibilita: la publicidad registral.

De modo que debe destacarse que si la obligación accede al Registro de la Propiedad, como consecuencia de la inscripción de la hipoteca, no lo es porque represente una excepción al objeto de la publicidad inmobiliaria, sino porque constituye el objeto del derecho real de garantía y en tal sentido determina el contenido de este derecho. Este aspecto me interesa que quede bien resaltado: no se inscribe la obligación garantizada, sino que se publica como objeto del derecho real de garantía. Esto es esencial en un sistema de accesoriedad, porque la medida ejecutiva de la hipoteca es exactamente la medida del crédito; no existe ningún grado de independencia económica de la garantía, no hay en ella nada en tal aspecto que no resulte del crédito.

En todo caso, aunque el punto de partida ha quedado perfectamente delimitado, será al final donde podrá verse si el distinto contenido y la distinta eficacia atribuida a uno y otro elemento —a la hipoteca y al crédito— permiten o no sostener la configuración unitaria del crédito hipotecario.

Con arreglo a tal planteamiento previo, que creo no hace supuesto de la cuestión, debe estudiarse cuál sea el contenido del asiento de hipoteca establecido por el artículo 12 LH después de la reforma realizada por la Ley 41/2007.

Desde luego la nueva redacción del artículo no debe ser nada afortunada cuando ha permitido lecturas tan dispares como las que hemos observado. Pero, por muy mal que haya podido quedar redactado el precepto, siempre será mejor y más completo que la antigua redacción que decía que «*las inscripciones de hipoteca expresarán el importe de la obligación asegurada, y el de los intereses si se hubieran estipulado*»; redacción, a todas luces insuficiente, cuanto menos si se quería hacer de ella la expresión del principio de especialidad o determinación aplicado a las hipotecas.

La redacción actual es, sin duda, más completa siquiera sea por acumulación de datos, aunque, a mi entender, está a falta de rigor metodológico, porque no se encuentra ciertamente en el precepto ningún elemento que permita distinguir entre los aspectos propios del derecho real y los aspectos propios de su objeto, el crédito. El intento de distinguirlos en función de los párrafos carece, como hemos visto, de coherencia. De hecho, es evidente que todo el contenido del precepto viene referido a la obligación garantizada: *importe de la deuda, intereses en su caso, identificación de la obligación, duración, causas de vencimiento anticipado y condiciones financieras*, son todas circunstancias de la obligación, de modo que si son circunstancias de la hipoteca, lo son en cuanto la obligación es el objeto de la misma, pero no son propias y exclusivas del derecho real. La única salvedad al respecto es la referencia al «*importe máximo de la responsabilidad hipotecaria*» que representa la delimitación del ámbito de ejecución hipotecaria de una obligación garantizada de cuantía indeterminada, de modo que es un elemento propio del derecho real que en ningún caso afecta a la obligación en sí.

Por lo tanto, siguiendo aquel punto de partida, voy a intentar precisar cuáles de las circunstancias que se deben consignar en el asiento corresponden estrictamente al derecho de hipoteca, y cuáles a la obligación garantizada, de modo que estas últimas sólo mediatamente, en cuanto tal obligación es el objeto de la garantía, forman parte del derecho real. La distinción habrá de tenerse muy presente después cuando se estudie la eficacia jurídica del asiento, pues como se verá no es la misma en un caso y en otro.

A) *Circunstancias propias de la hipoteca*

Efectivamente, y con la salvedad dicha, el artículo 12 LH no se ocupa de los aspectos estrictamente relacionados con el derecho real de garantía, acaso porque haya pensado que tales aspectos son implícitos al derecho real en sí y por ello consignables de una manera natural, sin necesidad de que el legislador los determine —como sí debe hacer en cambio con los aspectos «personales» a los cuales, dada su peculiar naturaleza, aunque a la postre se integran en aquel derecho, entiende que debe referirse expresamente—, acaso porque haya entendido que los mismos resultan de otros concretos preceptos normativos.

En mi opinión, extremos atinentes exclusivamente al derecho real de hipoteca a consignar por tanto naturalmente en el asiento, amén del propio hecho de su constitución, son los siguientes pactos:

- Sobre la naturaleza de la hipoteca —esto es, dividida o unitaria cuando ésta sea posible— (arts. 119 a 124 LH).
- Sobre la extensión objetiva respecto de las obligaciones accesorias (arts. 114 y 132.3.º y 692.1. LEC, LH), y respecto de la principal cuando éste sea de cuantía indeterminada (arts. 12 y 132.3.º LH).
- Sobre la extensión objetiva de la hipoteca respecto del bien hipotecado (arts. 109 a 113 LH).
- Sobre ejecución hipotecaria: tasación (art. 682.2.1.º LEC), domicilio a efectos de requerimientos y notificaciones (art. 682.2.2.º LEC), administración y percepción de rentas (art. 690 LEC), determinación del saldo deudor (art. 695.2.ª LEC).
- Sobre el rango de la hipoteca, incluidos los modalizadores del sistema «legal» de supervivencia de cargas simultáneas del artículo 227 RH
- De venta extrajudicial (art. 129 LH).
- De duración de la hipoteca (art. 82 LH). (Entiendo este pacto como de caducidad de la garantía. En la práctica hay con frecuencia una confusión notable, pues se suele confundir tal plazo con el de duración de la obligación o el de formación de la misma, por ejemplo, saldo.)

La relación tiene desde luego pretensión de ser exhaustiva. No obstante fallos y omisiones podrán ser fácilmente subsanados siguiendo el mismo criterio. Se refieren a aspectos que en ningún caso conforman la existencia y contenido de la obligación. (Podría plantearse algún debate sofisticado; así, por ejemplo, si la división de la hipoteca entre las diversas fincas hipotecadas —con la subsiguiente distribución de responsabilidad hipotecaria— conlleva una división del crédito, al menos para el caso en que surja un tercer poseedor respecto de alguna de tales fincas. Tal parece que ese resultado podría defenderse al amparo del artículo 221 RH, debiendo el acreedor admitir el pago

parcial realizado por el tercer poseedor. Sería un supuesto verdaderamente excepcional, tan excepcional que debería rechazarse, porque no es lógico que una garantía, ni siquiera una garantía hipotecaria, altere la naturaleza de la obligación. En todo caso serían excepciones que confirmarían el principio: las circunstancias reseñadas forman parte de la naturaleza propia del derecho real y gozan de la eficacia a éste atribuible.)

Puede decirse que hoy todas las escrituras de hipoteca contienen pactos sobre los extremos enunciados (salvo el último). No obstante la hipoteca resultaría plenamente eficaz por su sola constitución, sin necesidad prácticamente de ninguno de tales pactos. La LH y en su caso la LEC fijan un régimen legal que podría calificarse así de supletorio. No es este el momento de detenerse en el análisis de cada uno de ellos y en las consecuencias que de su existencia o no resultan. En cualquier caso, tales circunstancias son las definidoras del concreto derecho real de hipoteca establecido. Por lo tanto, en ellas habrá de pensarse cuando posteriormente me refiera a la eficacia natural de la inscripción, predicable en puridad tan sólo de los derechos reales (inoponibilidad y fe pública, más la constitutividad tratándose de la hipoteca).

B) *Circunstancias de la obligación garantizada*

Ninguna duda puede haber acerca de que los extremos que según el artículo 12 LH deben expresarse en la inscripción del derecho real de hipoteca se refieren a la obligación garantizada. Todos menos *el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria*, que no es un elemento propio de la obligación, según se ha razonado en el apartado anterior. Respecto de todo lo demás no parece que pueda haber aquí problema de interpretación alguno: el precepto habla directamente de la obligación y de elementos que la componen.

La Ley 41/2007 después de mantener la redacción antigua: «*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*» —sin más que sustituir la condición «*si se hubiesen estipulado*», por el hoy obvio de «*pactados*»—, ha añadido otras circunstancias. La ya citada sobre el importe de la responsabilidad hipotecaria, que permite comprender la hipoteca de las obligaciones de garantía indeterminada, pero que altera en cierto modo la lógica del precepto, ya que no puede ahora decirse de él que se ocupa exclusivamente de las circunstancias de la obligación a consignar en el asiento de la hipoteca. Además, el precepto continúa ahora en su primer párrafo, reclamando que deben identificarse «*las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración*».

En el párrafo segundo se regula la forma en que determinados extremos de estas obligaciones deberán expresarse en el asiento: «*Las cláusulas de*

vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a 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».

Ya he dicho que, a mi parecer, este segundo párrafo no puede entenderse sino como una precisión del párrafo primero, pues ambos se refieren sin ningún género de dudas a la obligación. «Identificar la obligación» a efectos de su garantía hipotecaria no puede ser simplemente nombrarla. Es imprescindible expresar todo el contenido de la misma que de una manera u otra tiene su trascendencia respecto de la hipoteca (*ergo*, trascendencia real). Y tal trascendencia se produce, o bien mediante el propiciar la ejecución hipotecaria —impago de la obligación fijada en los plazos convenidos—, o bien, mediante el determinar el ámbito cuantitativo de ésta —obligación principal, obligaciones accesorias y criterios de determinación y cálculo de su contenido—. Lo primero es la «duración» de la obligación garantizada, duración que corresponde al programa de devolución convenido por las partes, que puede ser «normal» o «anticipado», cuando se produzcan algunas de las circunstancias contempladas como «cláusulas de vencimiento anticipado»; lo segundo es el contenido económico de la obligación cuya satisfacción sustitutiva puede obtenerse en la ejecución hipotecaria —de modo que su determinación implica la aplicación de reglas jurídicas— y como tal puede ser calificado, como hace la norma, de «cláusulas financieras» —que no por ello dejan de ser cláusulas contractuales civiles o mercantiles—.

Prescindiendo ahora de la cuestión de los sujetos a los que es aplicable el párrafo, el problema interpretativo del precepto se halla en la expresión, enmarcada entre comas «*en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real*». Y quizá en la Exposición de Motivos que, pretendiendo decir lo mismo, no utiliza exactamente la misma redacción. Aunque tampoco creo que ésta, ni literalmente ni como medio interpretativo, venga a modificar el sentido de la Ley.

A nadie se le ha ocurrido afirmar que cuando el precepto se refiere a las *cláusulas de trascendencia real*, se está refiriendo exclusivamente a las circunstancias propias y exclusivas del derecho real de hipoteca, que son las que he relacionado en el apartado anterior, porque no hay derecho sin objeto, ni hipoteca sin obligación. Ésta es elemento estructural del derecho real de hipoteca, y el hecho de que existan circunstancias en la garantía que no afecten a la obligación no quiere decir que pueda concebirse la primera sin la segunda: dentro del contenido real de la hipoteca se halla sin duda la obligación, en la medida en que las partes hayan establecido su protección por la garantía.

Se ha tratado de entender que dentro de esa referencia a las *cláusulas de trascendencia real* hay que incluir sólo una parte de la obligación, aquélla que excluya precisamente a las *cláusulas de vencimiento anticipado* y demás *cláusulas financieras*, acaso porque la coincidencia de éstas en el párrafo segundo con la condición —«*en caso de...*»— quiera interpretarse en el sentido de que la Ley excluye a éstas de la trascendencia real, de modo que esa parte de intrínseca trascendencia real a que se refiere la norma debe ser la parte contemplada en el párrafo primero, acaso porque las palabras *derecho real* sólo vienen utilizadas en dicho párrafo primero. Razones muy escasas, pero no veo otras en que sustentar la separación.

Desde luego ese entendimiento no puede sostenerse en los términos del precepto.

En primer lugar supone una modificación del sistema hipotecario, sin que el legislador, que no ha modificado un ápice su postura sobre la prohibición de acceso de pactos personales al Registro de la Propiedad (arts. 2 y 98 LH), lo establezca. El hecho de que se subsane la lectura *contra legem*, con otra lectura *contra legem* —el Registro de la Propiedad no surte entonces los efectos legalmente establecidos— no hace sino agravar el error.

En segundo lugar, en ningún caso ni una obligación, ni ninguna de sus partes —si es que la descomposición es posible— puede tener intrínseca trascendencia real. Esta es una cuestión de principios de Derecho Civil. Por «trascendencia real» debe entenderse la natural aptitud de un derecho de imponerse a terceros. *Ergo*, derechos reales (la trascendencia real no es predicable de las cláusulas, sino de su contenido). Una obligación por naturaleza pues carece de trascendencia real, y en ningún caso cabe su innata imposición a tercero (no entramos ahora en categorías especiales de obligaciones reales). Ello, aunque la obligación esté cubierta por la garantía hipotecaria. En ningún caso el «tercero» —adquirente de la finca, no el tercer adquirente del crédito, obviamente—, será afectado por la obligación garantizada, como tal obligación (otra cosa es su afección por la garantía de la que la obligación forma parte). Los intentos de construir la categoría del «crédito hipotecario» topan con la tozuda realidad del hecho de no traspaso de la obligación a tercero. Tal traspaso requiere un acto de expresa asunción por tal tercero, y aún del consentimiento del acreedor para la sustitución del deudor (arts. 1.205 CC y 118 LH). Debe, pues, notarse ahora, y a los efectos de entender lo que en mi opinión es la pretensión del legislador, la escasa consistencia de crear una división de la única obligación garantizada en función de la trascendentabilidad real de sus componentes, ya que tal eficacia real no es intrínsecamente aplicable a ninguno de ellos.

En tercer lugar, tal lectura obligaría a explicar cuál es la parte de la obligación a que se refiere el párrafo primero del precepto, y que es lo que la diferencia del contenido del párrafo segundo. Y ello tropieza no sólo con

el hecho de que la *identificación* de una obligación no puede fraccionarse, pues en lo no publicado la obligación queda inidentificada, sino con la circunstancia de que las cláusulas financieras engloban necesariamente —a reservas de una mayor precisión sobre el concepto de lo que me ocuparé más adelante— todo el contenido económico de la obligación, incluido obviamente *el importe del principal de la deuda*, los *intereses*, y las obligaciones accesorias, de modo que habría de aclararse porqué tal contenido tiene trascendencia real en el párrafo primero y no lo tiene en el segundo.

En cuarto lugar, ello conlleva excluir de la trascendencia real no sólo a todo el contenido económico de la obligación, representado por las cláusulas financieras, sino idénticamente a todas las cláusulas de vencimiento anticipado, incluida la trascendental por muchos motivos, entre ellos su expresa recepción legal en el ámbito procesal (art. 693.2 LEC), derivada del impago de alguno de los pagos parciales en las hipotecas de amortización periódica. Supone, por lo tanto, modificar nuestro sistema de Derecho Civil por impedir a las partes la libertad de configurar el contenido de su derecho real de garantía. Sobre esto antes me he extendido y no procede insistir.

En último término, tal pretensión establece una diferencia sustancial en la naturaleza de la hipoteca en función de quién sea el acreedor hipotecario. Pues si este acreedor no es una 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*», habrá que entender, siguiendo tal línea de pensamiento, que o bien no podrá hacer constar de ninguna manera en el asiento registral las cláusulas del párrafo segundo, o bien que él sí podrá atribuir contenido real a las mismas. Es evidente, desde el propio título, que el pensamiento de la Ley 41/2007 iba dirigido siempre a aquellas entidades, y probablemente cometió el error de no percatarse de que para determinadas normas debía pensar también en otros sujetos. Para mí es obvio que el párrafo segundo debe ser aplicable cualquiera que sea el sujeto concedente del préstamo, puesto que no es más que el desarrollo de la identificación de la obligación —sin más que cohonestar razonablemente la palabra «*financieras*»—, pero no puede convertirse el error en un medio de diversificar la naturaleza del derecho real de hipoteca, ni en la concesión de una especie de privilegio para las entidades nombradas, que a la postre puede volverse en su contra.

Por eso un mínimo de lógica y de coherencia con el sistema obliga a entender que aquello en lo que insiste el legislador es en el hecho de que deben ser las propias cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras las que han de tener trascendencia real para acceder a los libros del Registro. O más exactamente, la expresa exigencia por la norma de calificación favorable y de trascendencia real, unido a la ausencia de modificación alguna de los principios rectores del sistema —esto es, la calificación registral conforme al art. 18 LH y la prohibición de acceso al Registro de

pactos personales conforme a los arts. 2 y 98 LH—, significan claramente que en la inscripción del derecho real de hipoteca únicamente deben aparecer cláusulas con trascendencia real que hayan obtenido la calificación favorable del Registrador.

Puede pensarse que con ello nada ha variado, pero radicalmente no es así. La trascendencia real de la obligación únicamente puede medirse, según he reiterado, en relación con la garantía hipotecaria; esto es, existirá en la medida en que pueda propiciar la ejecución hipotecaria o determine el ámbito de ésta (esto es, en la medida en que sea el objeto de la hipoteca). La ejecución hipotecaria se propicia únicamente por impago del crédito en el momento del vencimiento y su ámbito vendrá determinado por el contenido de la obligación judicialmente reclamable. Pues bien, si bien se mira, tal es el contenido real de la obligación —insisto, a los solos efectos de la garantía hipotecaria— del que se ocupa precisamente el párrafo segundo del artículo 12 LH: cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras. Ahora bien, respecto de esta parte del derecho real de hipoteca, que es el contenido de la obligación garantizada que determina el ámbito de la garantía, el legislador ha exigido al Registrador de la Propiedad el respeto al íntegro contenido de la escritura, es decir, el respeto a la voluntad configuradora del derecho realizado por las partes del negocio.

Por lo tanto, el legislador ha querido establecer dos cosas: primera, que corresponde a las partes determinar el contenido real, para el que quieren la garantía hipotecaria de la obligación, estableciendo las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras; y segunda, que corresponde al Registrador de la Propiedad calificar que tales cláusulas tengan contenido real, esto es, que sean verdaderamente cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras, de modo que una vez comprobado que ello es así, no puede alterar la voluntad de las partes, ni en cuanto a su determinación, ni en cuanto a su contenido (a salvo de la existencia de otras circunstancias que hagan «desfavorable» la calificación).

La uniformización querida por la Ley se consigue imponiendo al Registrador de la Propiedad que acepte el contenido real querido por las partes para la obligación —cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras establecidas en la escritura pública—, siempre que además de ser verdaderas cláusulas de vencimiento anticipado y financieras —intrínseca trascendencia real por afectar a la garantía— sean calificadas favorablemente —respecto al art. 18 de la Ley Hipotecaria—. Lo que quiere decir el legislador es que la intrínseca trascendencia real de tales cláusulas no es suficiente para su constancia en el asiento registral, si median otras circunstancias —vinculación de bienes, indeterminación, infracción de límites legales (art. 1.255 CC)...— que impiden su *calificación registral favorable a la trascendencia real* (no a su validez negocial).

Puede tildarse tal planteamiento de voluntarista, pero no me parece este adjetivo aquí acertado. Por supuesto que es una interpretación subjetiva del precepto, ya que el precepto carece de una redacción precisa, pero no pretendo con ella adaptar el sistema hipotecario, a mi particular querer, sino simplemente cohesionarlo con el vigente. Procede añadir algunas consideraciones de las que debería, en buena lógica, resultar confirmada la interpretación sostenida.

Primera. Siguen quedando, en consecuencia, excluidas de constancia en el Registro de la Propiedad las cláusulas de la obligación carentes de trascendencia real; esto es, por exclusión, todas las no elevadas por las partes a la categoría de cláusulas de vencimiento anticipado o que por no ser financieras no influyen en la determinación o cuantía de la(s) obligación(es) asegurada(s)

Quizá esto pudiera expresarse de otra manera igualmente evidente. La Ley 41/2007 no ha modificado, ni pretendido modificar, el sistema jurídico hipotecario; no ha alterado, ni pretendido alterar, el objeto del Registro de la Propiedad que se reduce a los derechos reales; no ha introducido, ni pretendido introducir, un nuevo objeto de la inscripción registral; y en consecuencia no ha establecido, ni querido establecer, ningún tipo de eficacia distinta —llámese esta transcripción, mera noticia, información...— para este nuevo objeto cuya inscripción no ha introducido.

Por tanto, toda interpretación que se pretenda del artículo 12 LH reformado deberá partir del respeto a la Ley 41/2007 de reforma.

Pero es que además la exclusión de las obligaciones (personales) de la publicidad registral es de una lógica incuestionable, porque su presencia es absolutamente inocua, cuando no perjudicial, no sólo a los efectos de la garantía hipotecaria, sino a todos los efectos. La cosa es por demás evidente. Pongamos una obligación de cierta importancia: la de asegurar la finca hipotecada. Si el incumplimiento de tal obligación ninguna trascendencia tiene para la hipoteca —porque no se contempla el vencimiento anticipado del crédito por su incumplimiento—, de modo que el daño que se cause al acreedor debe ser indemnizado al margen de la hipoteca, de ninguna manera puede figurar en el asiento constitutivo de ésta. (Evidentemente la posible desvalorización de la finca y el vencimiento anticipado de la obligación por tal circunstancia nada tienen que ver en sí con la obligación de asegurar.) Lo mismo podría decirse respecto de obligaciones más o menos accesorias, si el acreedor no puede resarcirse de ellas en el ámbito hipotecario sino por medio de otras vías. No forman parte, pues, tales obligaciones del «objeto» de la hipoteca, y por lo tanto no debieran figurar en el asiento, y si aparecieran, en

ningún caso deberían repercutir en la ejecución hipotecaria, ni propiciándola, ni determinando su contenido.

No obstante debe resaltarse que es manifiesto ahora que tal inoperancia es exactamente el resultado querido por las partes, que excluyeron para esas obligaciones la trascendencia real bien por no elevarlas a la categoría de causa de vencimiento anticipado, bien por no comprenderlas dentro del contenido económico asegurado por la hipoteca. De modo que la gran diferencia con el sistema anterior es que corresponde a las partes —y no al Registrador de la Propiedad— decidir para qué cláusulas se quiere la trascendencia real y para cuáles no, mediante el sencillo mecanismo de contemplar expresamente su influencia en la garantía hipotecaria.

Puesto que la Ley no ha permitido la constancia de obligaciones en el Registro de la Propiedad, inútil resulta plantearse el valor informativo que su constancia podría tener. Se alaba que los terceros podrían conocer a través del Registro de la Propiedad las condiciones de las obligaciones en las que acaso pensarán subrogarse. Mi opinión es que la utilización de una institución, cuyos fines legales están claros para otros objetivos —acaso muy meritorios y oportunos, pero no legalmente definidos— causa siempre confusión en todo el sistema, incluida la propia institución utilizada para fines espúreos a su naturaleza. Lo que importa aquí es tener claro cuál es el mecanismo establecido por el sistema civil para el traspaso a terceros de las obligaciones. Si el Registro de la Propiedad no está concebido dentro de esos mecanismos, la publicidad registral de la obligación no puede sino venir a perturbar el mecanismo jurídico previsto. Al estudiar en el último apartado la posible aplicación de principios registrales a la transmisión de obligaciones se verá más clara la oportunidad o inoportunidad de su constancia registral.

Segunda. Son cláusulas de vencimiento anticipado las que las partes establezcan como tales. Son cláusulas financieras todas aquellas que, de una u otra manera, incidan en la cuantía de la obligación garantizada o en su forma de determinación. Respecto de unas y otras no debe atenderse a su «nominación» o encaje en la escritura, sino a su contenido que las haga verdaderas causas de vencimiento anticipado del crédito o expresión del contenido de la obligación garantizada o de su forma de determinación. El artículo 12 LH las menciona separadamente —aunque precise simultáneamente que las de vencimiento anticipado también son financieras—, ya que en las primeras la trascendencia real va de suyo, en cambio respecto de las segundas se requiere además su contemplación expresa por la garantía

El mecanismo de que disponen las partes para que determinados extremos de la conducta que se quiere exigir del deudor afecten a la garantía, *ergo*,

tengan trascendencia real, es configurar el incumplimiento como causa de vencimiento anticipado del crédito, porque tal vencimiento afecta objetivamente a la hipoteca. El Registrador de la Propiedad no podrá rechazar tal trascendencia real, so pretexto de una trascendentabilidad real intrínseca a unas conductas sí y a otras no, sin perjuicio de que su calificación «desfavorable» pueda basarse en otros extremos.

Respecto de las demás cláusulas financieras no basta con que las partes las califiquen de tales —incluso pudiera pensarse que tal nominación es innecesaria—, sino que es preciso que, del mismo modo, afecten objetivamente a la garantía.

En cuanto al contenido de estas cláusulas contamos con la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre Transparencia de las Condiciones Financieras de los Préstamos Hipotecarios, cuyo artículo 6, titulado precisamente *Cláusulas financieras del contrato*, establece en su número 1: «*Las escrituras públicas en las que se formalicen los préstamos hipotecarios sometidos a la presente Orden contendrán, debidamente separadas de las restantes, cláusulas financieras que ajustarán su orden y contenido a lo establecido en el Anexo II de la presente Orden. Las demás cláusulas de tales documentos no podrán, en perjuicio del prestatario, desvirtuar el contenido de aquéllas*».

Como se ve, la definición de cláusula financiera por la presente Orden tiene un ámbito y una finalidad perfectamente delimitados. Ello no obstante existe cierta unanimidad en entender que es la que el legislador de la reforma hipotecaria tenía en mente.

Y es cierto cuando se sigue el Anexo II que todas las circunstancias cuya expresión documental exige pueden afectar decisivamente, mediando la voluntad de las partes, a la garantía. Resumidamente son:

- Capital del préstamo: importe, moneda y especificidades..., cuenta especial de entrega de disposición condicionada...
- Amortización: fecha inicial y final, cuotas, condiciones de reembolso anticipado...
- Intereses ordinarios: tipo, periodos y formas de liquidación; variabilidad: definición, índice de referencia, límites a la variación, umbral mínimo y redondeos, comunicaciones...
- Comisiones de apertura y posteriores, tabla de pagos y tipo de interés anual equivalente...
- Gastos a cargo del prestatario...
- Intereses de demora: tipo, base y forma de liquidación.
- Resolución anticipada por la entidad de crédito: causas y penalización.

A mi entender, no basta para la constancia registral de estas cláusulas su naturaleza financiera, sino que es además preciso, como exige el artículo 12 LH que las partes quieran para ellas la trascendencia real, estableciendo

expresamente su influencia en el ámbito de la ejecución hipotecaria. Hay que insistir nuevamente en que en nuestro sistema de accesoriedad es el crédito, determinado con arreglo a los parámetros que consten en la escritura y se hayan trasladado al Registro de la Propiedad, el objeto de la ejecución hipotecaria.

Al respecto, como bien se puede ver, prácticamente el único problema se reduce a la contemplación expresa de las obligaciones accesorias en la fijación de las cantidades garantizadas por la hipoteca, porque la influencia de todas las demás en dicho ámbito va de suyo. Y nuevamente al respecto me inclino por seguir la línea de la Comisión de Estudios de entender que el principio de especialidad —que en materia de obligaciones accesorias tiene una muy vaga definición legal (vid. arts. 132.3.º LH y 692.1 LEC)— no puede llevarse al extremo de exigir tantas cantidades separadas de garantía como conceptos posibles, sino que con la expresión de las tres consolidadas en la práctica —intereses ordinarios o remuneratorios, intereses de demora o indemnizatorios, costas (y gastos, sin dejar de observar que propiamente la Ley sólo contempla las primeras)—, basta para comprender, como cifras de máximo, todas las posibilidades a que la citada OM se refiere, y que incluso dentro de la cifra de capital puede caber, idénticamente como máximo, la cuantía resultante de la capitalización de intereses (anatocismo). No obstante reconozco que este último punto es el más discutible, y sería aconsejable que las entidades financieras procedieran a su garantía separada.

Cuestión distinta es la de si al lado de estas cláusulas financieras —que podríamos calificar de «típicas» por estar expresamente contempladas en la OM—, podrían existir y acceder al Registro de la Propiedad, otras «atípicas», dado que el artículo 12 LH no se remite a repetida Orden para la definición de aquéllas. De hecho en algunas escrituras puede verse que bajo la rúbrica de «Cláusulas financieras» se incluyen extremos no contemplados normativamente, así por ejemplo, pactos sobre imputación de pagos y compensación de deudas.

Por un lado hay que insistir: el nombre no hace a la naturaleza; está claro que en todo caso la cláusula incluida bajo tal rúbrica debe influir en la cuantía o en la determinación de la obligación garantizada.

Presupuesto esto, la atipicidad es una cuestión ciertamente dudosa. Frente a la «transparencia» y claridad al sistema que proporciona la Orden Ministerial, la ausencia de toda imposición en el precepto legal parece indicar que nuevamente debe corresponder a las partes delimitar el ámbito de la ejecución hipotecaria, siempre dentro de los límites de licitud a la autonomía de la voluntad impuestos (art. 1.255 CC). Debe tenerse siempre presente que la esencia de la accesoriedad es el sometimiento de la ejecución hipotecaria a la existencia y contenido del crédito. Todo pacto lícito sobre forma y determinación de tal contenido repercute directamente en aquélla. Quizá por ello me incline a pen-

sar que forma parte de tal determinación el pacto sobre imputación de cantidades abonadas por el deudor, aunque modifique el régimen legal de los artículos 1.172 y siguientes del Código Civil; no así el pacto sobre compensación de deudas que si bien en puridad, como forma de pago (arts. 1.195 y sigs. CC), podría pensarse que incide en la determinación de la obligación garantizada, lo cierto es que en la práctica no se observa que se refiera tanto a posibles deudas recíprocas, cuanto a la atribución de facultades al acreedor para disponer en su beneficio de cuentas, fondos y dineros que pueda hallar del deudor, ejemplo típico de cláusula que no puede tener trascendencia real. En todo caso es una opinión ligera, porque no es el objeto de estudio.

Tercera. Además de calificar la trascendencia real de las cláusulas del derecho de hipoteca —circunstancias atinentes exclusivamente a ésta y cláusulas financieras y de vencimiento anticipado de la obligación garantizada— debe el Registrador de la Propiedad calificar «favorablemente» las mismas, con arreglo al principio general del artículo 18 LH

Así lo contempla expresamente también, acaso innecesariamente, el propio artículo 12 LH. Y dentro del artículo 18 LH, además de las circunstancias que afectan a la perfecta determinación y claridad del derecho publicado y a la capacidad de los otorgantes, se halla la «*validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas*» (art. 18 LH).

Conviene recordar nuevamente ahora los términos en que se produce la calificación del Registrador de la Propiedad. Éste se limita al reconocimiento de la trascendencia real pretendida por las partes, reconocimiento que requiere el respeto a los principios estructurales de creación de derechos reales y por ende a los límites conferidos a la autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC)

Por ello está claro que tal deber se realiza ateniéndose al fin que lo fundamenta: la justificación de la extraordinaria eficacia atribuida a la inscripción; sin invadir por ello el ámbito definitivamente reservado a la jurisdicción.

De aquí que parece más que razonable la posición al respecto mantenida por la Comisión de Estudios, y más aún las precisiones realizadas por la Junta de Gobierno a los efectos de que las cláusulas que aquélla había rechazado pudieran superar los obstáculos legales aducidos. Precisiones que no pueden ser más fáciles de asumir por las entidades financieras: que el vencimiento anticipado por concurso del deudor no se redacte en términos que infrinja los artículos 61 y siguientes de la LCo; que la desvalorización de la finca sea apreciada por entidad de tasación legalmente establecida (eludiéndose toda proximidad con el art. 1.256 CC); que el deterioro de la solvencia del deudor pueda ser sanado por ampliación de las garantías, antes de causar el vencimiento del plazo de la obligación (lo que significa respetar el art. 1.129 CC);

y que la solvencia de los deudores haya sido expresamente contemplada en la concesión y subrogación del crédito para que la enajenación del inmueble genere el vencimiento anticipado de la obligación (art. 27 LH).

Por otra parte, a mi entender, únicamente efectos positivos habrán de derivarse para las entidades financieras de tal planteamiento. No sólo el que resulta del público reconocimiento por el sometimiento de sus cláusulas de adhesión a una calificación ajena e independiente, sino asimismo de la declarada circunstancia de que son la certeza de la escritura pública y la calificación y publicidad registrales el fundamento de la extraordinaria eficacia atribuida al «crédito» en la ejecución hipotecaria, eficacia que se resume en una verdadera «abstracción procesal» del mismo en la vía ejecutiva, como consecuencia de la enorme limitación de las causas de oposición atribuidas al deudor. Al hablar de la eficacia registral del asiento de inscripción de la hipoteca habremos de referirnos más extensamente a este hecho.

Cuarto. Corresponde a las partes del negocio determinar el ámbito de trascendencia real del derecho de hipoteca constituido, amparándose, si es su voluntad, en el contenido legal típico ahora establecido, en cuanto al objeto que es la obligación garantizada, por el artículo 12 LH

La expresión del precepto legal de que las tan repetidas cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras «*se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización*» se ha entendido en el sentido de que procede su «transcripción» en el Registro de la Propiedad como sinónimo de expresión literal (que se haya utilizado la palabra transcripción para querer luego imaginar un nuevo concepto de eficacia, o más exactamente de ineficacia, registral, es algo que evidentemente ya no puede resultar de la Ley).

Puede que ello sea así, que el legislador estuviera pensando en un traslado literal. Pero no es un planteamiento que me convenza, porque no es materia de Ley ocuparse de la forma de redacción de los asientos —antes he hablado ya de los «modelos reglamentarios»—, y sí el de delimitar el contenido de la inscripción, de modo que es a éste y no a aquélla al que habría que referir las palabras legales.

Por eso en mi opinión lo que el legislador ha querido decir es que en la materia que está tipificando —contenido del derecho real de hipoteca en cuanto a la obligación garantizada: cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras— su fijación corresponde estrictamente a la voluntad de las partes, según se hayan expresado en la escritura de formalización, de modo que el Registrador de la Propiedad debe tan sólo comprobar que tales cláusulas se ajustan al contenido legal típico —son verdaderamente cláusulas

las de vencimiento anticipado o financieras—, porque éste es el que tiene trascendencia real, sin perjuicio además de extender su calificación a la validez y demás extremos que la hagan *favorable*, en los términos precisados en el párrafo anterior.

Esto es exactamente lo que dice la Exposición de Motivos: *«precisar el contenido que haya de tener la inscripción del derecho real de hipoteca, evitando las calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa»*, y esto lo dice después de su alabanza al sistema y de su voluntad de respetarlo: *«de conformidad, en todo caso, con las disposiciones legales y reglamentarias que determinan el contenido propio de la inscripción registral, los requisitos para su extensión y sus efectos»*.

Se recupera así la más pura esencia del Derecho Civil: la trascendencia real es siempre una pretensión de las partes —constituyendo o modalizando el correspondiente derecho real en el ámbito del principio de autonomía de la voluntad en la configuración del negocio (art. 1.255) y del principio de *numerus apertus* en la tipicidad de los derechos reales (art. 2.2.º LH)— y no una concesión del Registrador de la Propiedad, por más que corresponda a éste calificar si aquella pretensión se ajusta al ordenamiento y por ende a los límites establecidos para tal autonomía y para tal atipicidad.

En definitiva, lo que a mí me parece es que la pretensión básica de la reforma ha sido la de terminar con la deconstrucción del negocio unitario de hipoteca que debía realizar el Registrador de la Propiedad, según su particular entendimiento de la trascendencia real, a tenor de la línea emprendida por la DGRN a partir de mediados de los años ochenta.

El argumento central lo expresaba así la Resolución de 20 de mayo de 1987:

«2. ...debe tenerse en cuenta que la creciente importancia del crédito territorial, así como el deseo de asegurar la plena efectividad de la cobertura hipotecaria estipulada, han desembocado en una excesiva complejidad, cuando no ininteligibilidad, del mecanismo negocial instrumentado, en contra de la exigencia de claridad y precisión en la constitución de los derechos reales con el consiguiente detrimento para el tráfico y el crédito territorial. Efectivamente, junto al contenido típico del derecho de hipoteca se establece todo un conglomerado de deberes a cargo del deudor e hipotecante y correlativas facultades en favor del acreedor, con pretensión de constituir una situación jurídica unitaria de naturaleza real, que reclama la inscripción en su totalidad.

3. Ahora bien, más allá de esta consideración unitaria que en el contrato se pretende dar al mecanismo estipulado, la trascendencia erga omnes del estatuto de la propiedad, la exigencia de una razón justificativa suficiente en los derechos reales configurados por los particulares al amparo del *numerus apertus* establecido en los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del

Reglamento Hipotecario, la necesidad de perfiles claros en la configuración de cada derecho real que se constituya, la inviolabilidad del principio de libre circulación de los bienes, obliga a un examen minucioso de aquél para depurarlo de aquellos elementos carentes de los requisitos estructurales necesarios para modalizar el derecho de propiedad del inmueble afectado, y ello, a pesar de estar conectados a otros de indudable alcance real y sin perjuicio de la operatividad que en el ámbito personal pudieran tener si es que no traspasan los límites generales o específicos señalados a la autonomía de la voluntad (art. 1.255 del Código Civil)».

Al amparo de tal planteamiento, la DGRN rechaza la trascendencia real de *«cualquier tipo de comportamiento del deudor distinto del incumplimiento mismo de la obligación específicamente garantizada, pues de la única conducta del deudor de que ha de responder la finca hipotecada es del cumplimiento a su tiempo de la obligación directamente garantizada con la hipoteca»* (Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987, por citar tan solo las Resoluciones más destacadas).

De alguna manera no pueden sustraerse las líneas que anteceden al entendimiento de concebir el crédito hipotecario como figura unitaria. De tal modo los principios que limitan la voluntad en la creación de los derechos reales —supuesta que tal creación es libre: atipicidad—, se aplican a aquella unidad. Ahora bien, la hipoteca es un derecho real típico, y el legislador ha establecido los términos en que las obligaciones pueden ser cubiertas por la garantía real —términos en los que ahora no podemos entrar, pero que en nuestro derecho son notablemente amplios: *«toda clase de obligaciones»* (art. 105 LH), incluidas las *«futuras o sujetas a condición suspensiva»* (art. 142 LH), de modo que la restricción a su posible garantía se produce más por vía de principios esenciales del sistema (causalidad y accesoriedad) que por vía de expresa declaración legal— con lo que respetando tales límites, la configuración interna de la obligación no parece que deba someterse a la rigurosidad exigible para la creación de derechos reales atípicos, sino a los límites exigibles a los propios derechos reales típicos (determinación) y desde luego a los impuestos a la autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC). Cuanto menos ahora respecto del contenido de la obligación que ha sido tipificado normativamente, las tan repetidas cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras (art. 12 LH).

Porque el resultado de aquella manera de enfocar la inscripción de la hipoteca ha sido un enorme casuismo imprevisible y disperso. Sin duda, tal es el mal que el legislador ha querido atajar buscando la uniformidad. No se trata por ello de buscar en la norma propiamente la forma de redacción del asiento de hipoteca, que no es estrictamente su cometido, sino el contenido de la inscripción, pues es este contenido lo que el legislador ha querido

establecer (vid. Exposición de Motivos), o acaso más exactamente el devolver a las partes su derecho a fijarlo dentro del ámbito legalmente concedido. Porque el problema no radicaba tanto en que cada Registrador de la Propiedad tuviera su razonable manera de distinguir lo personal de lo real —alimentada su razón por la circunstancia de que el punto de partida era que sólo podía tener esta naturaleza la «obligación específicamente/directamente garantizada», confundiendo como obligaciones distintas los diversos aspectos de la unidad negocial—, cuanto en el hecho de que, de esa manera, era la propia determinación del ámbito de lo inscribible la que quedaba en manos del Registrador de la Propiedad. Y esto no puede ser porque distorsiona el sistema: la eficacia de la publicidad se fundamenta en su imposición legal como carga; sólo puede predicarse la inoponibilidad de lo no inscrito, cuando la Ley ha previsto que debe serlo, no cuando su «inscribibilidad» depende del criterio del Registrador de la Propiedad (o incluso, si se quiere, del de la Dirección General de los Registros y del Notariado).

Por otra parte, esa deconstrucción del negocio jurídico único de obligación garantizada con hipoteca parecía generar una especie de pluralidad negocial —repito, sin consentimiento de las partes, no pudiéndose considerar tal el asentimiento del presentante/interesado a la no inscripción de las cláusulas rechazadas por el Registrador de la propiedad— difícil de estructurar jurídicamente. Hasta tres créditos «distintos» llegó a entender la doctrina que podían distinguirse —que eran en apretada síntesis: el hipotecario, el personal que constaba en el Registro contemplado al margen de la hipoteca y el obligacional de la escritura no publicado, pero vivo *inter partes*—. Sin llegar a tan exquisito grado de sofisticación jurídica, es lo cierto que la situación había devenido ciertamente confusa.

A mi entender, el desconcierto tenía su origen en la pretensión de atribución directa de trascendencia real a pactos obligacionales, y en consecuencia en la discriminación al efecto entre éstos. Pero, si por trascendencia real se entiende capacidad de imposición a tercero, eficacia *erga omnes*, es evidente que en ningún caso la obligación la tiene, ni siquiera la específica y directa obligación de devolver. Por lo tanto, ¿qué diferencia media a tal efecto entre la obligación de devolver el préstamo recibido en el plazo normal estipulado, y otra cualquiera expresamente contemplada en el mismo plano, como la de pagar intereses, por ejemplo, o la de devolverlo anticipadamente cuando acaezcan las circunstancias que las mismas partes han establecido? La diferencia, según la doctrina del Centro Directivo, había de encontrarse en la mayor o menor proximidad de tal «circunstancia» a la directa y específica obligación de devolver (o también, pero aquí no estamos ya en la obligación, en su influencia sobre la garantía, fuera ésta como causa del deterioro del propio derecho real o del de la finca hipotecada). El criterio pues de «proximidad» a la obligación inmediata de devolver, como método de diversificar

lo que en el querer de las partes es claramente idéntico, era indudablemente ambiguo y generaba necesariamente apreciaciones aleatorias. De modo que la decisión del Registrador de la Propiedad causaba una dualidad, cuanto menos, en el negocio jurídico obligacional difícil de entender, porque muy difícil de concebir resulta el pensar que diversas partes de la misma y única obligación, quedan, por el hecho de que sean o no publicadas, sometidas a regímenes jurídicos distintos como tales obligaciones, diferencias que habrán de manifestarse cuando se produzca la separación de sus titulares, esto es, la cesión (o subrogación) del «crédito hipotecario» o la asunción de su deuda en los términos registrados.

Bien es verdad que aquí se parte de la idea de que en ningún caso la obligación garantizada con hipoteca cristaliza en una figura autónoma, por razón de su publicidad, que venga a llamarse «crédito hipotecario». Debe asumirse naturalmente que la inscripción, que es constitutiva respecto de la hipoteca, no lo es respecto del crédito. Esto parece obvio, pero en ocasiones da la sensación que la constitutividad que no se puede predicar del nacimiento de la obligación, sí se quiere aplicar a su régimen vital, condicionando la existencia y contenido de la misma a su publicidad. Ello se produce cuando parece entenderse que es la publicidad la condición necesaria para la imposición a tercero de un pacto afectante a la obligación. Con ello parece justificarse la descomposición del negocio jurídico único.

Más adelante habremos de ver la eficacia registral de la inscripción de la hipoteca respecto de la obligación garantizada. Ahora lo que me interesa reiterar es que lo que en ningún caso puede hacer la inscripción es atribuir trascendencia real al derecho personal publicado, porque la trascendencia real no puede ser un resultado de la publicidad, sino una consecuencia de la naturaleza intrínseca del derecho inscrito, y una obligación por definición en ningún caso la tiene (los efectos del Registro son bien otros: garantizar la veracidad de esa trascendencia real, *ergo* fe pública, por una parte, y protegerla frente a otras situaciones de trascendencia real no publicadas, *ergo* inoponibilidad, por otro). En ningún caso, la publicidad de las circunstancias de un crédito provoca su transustanciación en una figura nueva llamada «crédito hipotecario» cuya eficacia *erga omnes* se produzca por aquella publicidad. Al menos en países con sistema causalista y accesorio; quizá no pueda decirse lo mismo en países con sistema abstracto y de independencia, pero precisamente en éstos esa capacidad de imposición de una prestación económica que se desprende de la hipoteca —que se dice que la hipoteca atribuye aunque sea como medio de evitar la realización del valor de la finca hipotecada—, no se concibe en ningún caso como «obligación», sino como la hipoteca (independiente) misma.

La «uniformidad», que es aspiración de la Ley 41/2007, va referida al contenido del asiento de hipoteca. Mediante el configurar tal contenido —tipifi-

cando de alguna manera el derecho real—, el legislador excluye que los límites en la creación de derechos reales —límites estructurales de control presupuesta la admisibilidad de la atipicidad (art. 2 LH) y que, obviamente, son más rigurosos que los límites negociales, puesto que por principio se trata de la afectación a terceros del derecho creado—, se utilicen para reducir estos últimos, regidos por el principio de autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC). De modo que del contenido del derecho real de hipoteca forman parte, pues es su objeto (art. 12 LH), las cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras de las obligaciones garantizadas, y la determinación —determinación que es de esencia en el sistema inmobiliario— de éstas corresponde a las partes del negocio que las fijan en la escritura de formalización de aquélla con arreglo a los parámetros que la autonomía de su voluntad negocial les permite.

Pero la obligación no se inscribe nunca ni por tanto puede afectar a terceros su publicidad, lo que se inscribe es el derecho real de hipoteca cuyo objeto es la obligación garantizada, y sólo como tal objeto la obligación afecta a tercero en los propios términos del derecho real. Desarrollaremos esto al hablar de la eficacia del asiento.

C) Conclusiones

1.^a) Al Registro de la Propiedad sólo acceden los derechos reales o, si se quiere, las situaciones jurídicas con trascendencia real.

2.^a) Como consecuencia, el «crédito» garantizado por la hipoteca no es objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad.

3.^a) Es objeto de inscripción el derecho real de hipoteca, y en ella deben expresarse, además de las circunstancias definidoras del derecho real, el objeto de la misma que es la obligación garantizada.

4.^a) Deben constar en el asiento todas las circunstancias de identificación de la obligación que definan el contenido de la hipoteca, esto es, tanto su capacidad de propiciar la acción ejecutiva especial sobre la finca hipotecada, como el contenido económico, y su forma de determinación que pueda obtenerse en ésta.

5.^a) Tales circunstancias son las cláusulas de vencimiento anticipado —en cuanto la existencia un crédito vencido (y además líquido e impagado) es el presupuesto de la acción ejecutiva—, y las cláusulas financieras —en cuanto delimitan el contenido económico reclamable— (arts. 12 y 130 LH).

6.^a) No cabe excluir en la inscripción ninguna parte de este contenido obligacional, pues la Ley ha impuesto que la garantía hipotecaria se extiende a todo él en los términos establecidos por los contratantes.

7.^a) Corresponde a las partes del negocio, siguiendo la regla general del sistema, establecer el contenido de su derecho real, estipulando al efecto las

condiciones financieras y de duración normal o anticipada de la obligación garantizada por hipoteca.

8.ª) La calificación por el Registrador de la Propiedad de la trascendencia real de tales cláusulas viene referida al hecho de que, efectivamente, se refieran al contenido legal tipificado del asiento. Se extiende naturalmente, además, a la «validez» de los actos dispositivos y demás extremos establecidos por el artículo 18 LH, entre ellos aquí especialmente el de la determinación del derecho real inscrito.

TRES. LA EFICACIA DEL ASIENTO REGISTRAL DE HIPOTECA

La calificación independiente del Registrador de la Propiedad se refiere al control de los requisitos necesarios para el reconocimiento de trascendencia real al derecho constituido. Por lo tanto, ni siquiera su extensión a la «*validez de los actos dispositivos*» (art. 18 LH) pretende la usurpación de la función judicial, sino que es un elemental requisito necesario para justificar la excepcional eficacia concedida al derecho inscrito por el Derecho inmobiliario.

Por eso, en esta cuestión, el enfoque colectivo del Colegio de Registradores al que ya me he referido parece más que razonable.

Corresponde ahora estudiar cuál sea tal eficacia. Las conclusiones que de tal estudio se obtengan deberían no sólo ayudar a comprender determinados aspectos necesarios del contenido del asiento, sino asimismo a justificar la razón del texto legal que aquí se analiza.

El punto de partida en este apartado es también el de la distinción entre la hipoteca y el crédito garantizado. La diversa eficacia que del asiento, como se verá, derivan para una y para otro, es prueba más de la imposibilidad de una concepción unitaria bajo el nombre de crédito hipotecario.

Los efectos de la inscripción en los que aquí interesa detenerse, puesto que del asiento registral de hipoteca se trata, deben referirse a cuatro aspectos: constitutividad, fe pública, inoponibilidad y ejecutividad.

1.º) *Constitutividad*

Respecto de la hipoteca no hay duda de que la inscripción es elemento necesario de constitución. Así se asume pacíficamente desde la publicación del Código Civil (art. 1.875).

Según mi entendimiento ello se encuentra justificado porque toda posible forma de limitación del ámbito universal de responsabilidad (art. 1.911 CC) necesita intrínsecamente de la publicidad como requisito socialmente imprescindible para el reconocimiento de la excepción. La publicidad es de esencia

cuando el ámbito de agresión de los acreedores se ve reducido. Y no otra cosa hace la hipoteca, al sujetar directa e inmediatamente un bien al cumplimiento de una obligación (art. 1.876 CC), de modo que los demás acreedores, los no garantizados, saben que respecto de ese bien, aún estando en el patrimonio de su deudor, la responsabilidad de éste se ve limitada por el necesario cumplimiento del fin a que tal bien se halla destinado (satisfacción sustitutiva del acreedor hipotecario).

Por lo que hace al crédito es asimismo pacífico, al menos como principio, que en ningún caso en nuestro derecho la inscripción es constitutiva de su existencia. El crédito nace extrarregistralmente sin necesidad de inscripción, lo que es de todo punto obvio. Tampoco existe norma legal alguna, ni se encuentra autor en la doctrina que defienda directamente que por la inscripción se cree un crédito nuevo distinto de aquél. En todo caso, este crédito nuevo, por más que se pudiera o quisiera conectar causalmente con el extrarregistral, nacería artificialmente, pues las partes no lo han consentido; sería muy anómalo que por la inscripción de la hipoteca se impusiera al deudor una nueva obligación de índole registral, regida por tanto por los términos que en el Registro constaran, sin su voluntad. Una tal imposición forzosa debería resultar con meridiana claridad de algún texto legal. Creo que, en principio, podría afirmarse la unanimidad en el entendimiento de la tautología de que en el crédito —llamado hipotecario exclusivamente por el hecho de venir garantizado por hipoteca—, sólo hay un crédito, y éste es extrarregistral. De ello se debería seguir sin duda que el crédito —llamado, insisto, hipotecario exclusivamente por el hecho de venir garantizado por hipoteca—, nace, vive y muere fuera del Registro.

Ello no es óbice para que la inscripción de la hipoteca pueda proteger a tal crédito extrarregistral con medidas o acciones de las que el crédito sin la misma carece, como es la posibilidad de satisfacción forzosa en un ámbito exclusivo de ejecución que es el bien hipotecado, lo que vulgarmente se conoce con el nombre de acción hipotecaria. Pero esto no significa que el crédito haya mudado de sustancia, al obtener la categoría de «hipotecario», pues crédito sólo hay uno que es civil (e hipotecario). Ocurre sencillamente que la inscripción amplía la protección que el Derecho le atribuye, por el añadido que la hipoteca representa. Ello explica perfectamente porqué el acreedor puede perder una de las acciones que su derecho le confiere (prescripción de la «acción personal») y conservar otra de ellas (subsistencia de la «acción hipotecaria») sin que el crédito como tal sufra modificación alguna, de modo que es tan «civil» (e hipotecario) en un caso como en el otro.

Lo que conceptualmente es imposible de explicar en un sistema causalista y accesorio como el nuestro, es la creación, aunque sea en el mero ámbito registral (?) de un crédito hipotecario con distinto contenido, *ergo* inde-

pendiente del crédito civil, es decir, del crédito en el ámbito no registral. Tal distinción entre lo «civil» y lo «registral» es de todo punto improcedente (pues Derecho sólo hay uno), si bien a veces se usa cuando se carece de lógica para explicar los hechos.

Quizá por ello en la práctica se ha procedido a una subversión de conceptos de tal manera que el papel imposible de ese «crédito hipotecario», constituido en el Registro por la inscripción de la hipoteca, ha venido a ser suplido por el concepto de «responsabilidad hipotecaria», como si fuera una cifra abstracta de garantía y por ende de imposición económica, que queda definida por la cifra inicial del crédito. De modo que una vez establecida tal cifra por la inscripción de la hipoteca, el juego de los principios registrales de «integridad» y de «consentimiento formal cancelatorio», determinan su subsistencia, *ergo* su imposición (?) al deudor o terceros, no obstante las modificaciones que el crédito, que la sustenta, haya podido recibir.

Tal conclusión parte de un defectuoso entendimiento de ambos principios.

El principio de integridad se define a nuestros efectos por el artículo 122 LH: «*la hipoteca subsistirá íntegra, mientras no se cancele, sobre la totalidad de los bienes hipotecados, aunque se reduzca la obligación garantizada...*». El error radica en confundir la «cancelación» de la hipoteca —que es la liberación total o parcial de la finca hipotecada—, con la reducción de la cifra de responsabilidad hipotecaria, que va de suyo en toda reducción de crédito, pues la responsabilidad no existe en nuestro derecho con independencia del crédito.

El consentimiento formal cancelatorio se deduce escasamente del artículo 82 LH y sustancialmente del artículo 179 RH. De modo que si, amén de la constatación de la extinción del crédito, se requiere por este precepto reglamentario una voluntad especial y separada de cancelación de la hipoteca, se quiere concluir en que ésta sobrevive a aquél en garantía de la responsabilidad hipotecaria. No se procura acordar la literalidad del precepto con el sistema jurídico en que se ubica, sino con el sugerente apriorismo de crear un concepto abstracto que nuestro Derecho no concibe: la cifra de responsabilidad.

Lo que la doctrina no hace es explicar la lógica jurídica de tal creación del concepto de responsabilidad hipotecaria. A mi entender cabría una de estas posibilidades:

Primera. La inscripción de la hipoteca es constitutiva del crédito, de modo que el crédito subsiste, en los términos en que consta publicado, en tanto en el propio Registro no conste la modificación o extinción de aquélla. A nadie se le ha ocurrido sostener semejante planteamiento.

Segunda. La inscripción de la hipoteca es constitutiva del crédito hipotecario, crédito que está conectado causalmente con el crédito sustantivo subyacente, pero que se rige por principios registrales, de modo que sólo puede ser modificado por la modificación de la inscripción de la hipote-

ca. La extinción del crédito no provoca la extinción del crédito hipotecario, de modo que éste podrá ser actuado a través de los mecanismos de la hipoteca, ya contra el deudor, ya contra tercero. Habría que explicar por tanto cómo es posible en un sistema de causalidad y accesoriedad que se haya creado ese crédito hipotecario que sobrevive a la extinción del crédito (¿civil?). Cómo encaja en la lógica del sistema. Se trataría, sin duda, de la publicidad como creadora de un crédito «tabular», al modo como los títulos valores operan respecto de un crédito subyacente, pero construido sin voluntad por la fuerza de un artificio, del erróneo entendimiento de un precepto legal (art. 122 LH), claramente confundido en su interpretación, y de un precepto reglamentario (art. 179 RH), claramente confundido en su redacción.

Tercera. La «responsabilidad hipotecaria» es un concepto independiente del crédito, que subsiste no obstante la extinción de éste. De esta manera se introduce subrepticamente y sin apoyo legal, ni aparentemente jurisprudencial ni doctrinal alguno, la hipoteca independiente en nuestro derecho, entendida correctamente como aquélla que impone una prestación económica al dueño de la finca al margen de la existencia de un crédito de garantía.

Quizá haya contribuido al error de imaginar una imposición independiente de la hipoteca, sin dotarla de explicación por ninguna de las tres posibilidades teóricas apuntadas, la «abstracción procesal ejecutiva» que, como beneficio absolutamente excepcional, se concede al crédito en el ámbito de la ejecución hipotecaria. Pero esta abstracción que, como veremos en el último apartado de este trabajo, es una concesión que deriva de la certeza jurídica del sistema —escritura pública y calificación y publicidad registrales—, no puede modificar en absoluto el básico principio de accesoriedad, de modo que en todo momento el crédito configurado extrarregistralmente debe existir, si bien se remite la prueba de su inexistencia o extinción por el deudor a un procedimiento declarativo al margen de la ejecución hipotecaria.

Cabe añadir que la diferente naturaleza del crédito y de la hipoteca, y por ende su distinta vida, extrarregistral el uno, registral la otra, ha venido a ser no ya consagrada legislativamente, pues para eso se bastaba la Ley Hipotecaria, pero sí confirmada precisamente por la Ley 41/2007 al reformar el párrafo primero del artículo 149 LH, acabando con las dudas que su interpretación creaba (si bien no dejando de crear otras, como buena expresión de la más acertada definición de ciencia, aplicable desde luego a la jurídica).

En lo que aquí nos interesa, resulta ahora meridiano que el régimen de cesión de créditos hipotecarios queda sometido a los principios generales del Código Civil, en tanto que la cesión de la hipoteca requiere, además de obviamente el respeto a tales principios, como elementos de constitutividad la escritura pública y la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Si el crédito hipotecario se transmite con arreglo a los principios generales de toda cesión de créditos (art. 1.525 y sigs.) resulta absurdo pensar que esa

cesión se produce extrarregistralmente, pero con el contenido que el Registro de la Propiedad le atribuya. La creación tabular de un crédito resulta aún más inconcebible. No quedaría, por lo tanto, sino la peor de las soluciones, que es defender para nuestro Derecho la existencia de hipoteca sin crédito.

Con todo, cuando la doctrina se topa con el artículo 34 de la Ley Hipotecaria tiende a un lavado de manos para decir que la fe pública registral permite la subsistencia en el ámbito registral del crédito extinguido, sin pararse a desarrollar la eficacia de tal crédito extinguido en tal ámbito formal (?), y sin tratar de encajar ese planteamiento en la lógica de nuestro Derecho Civil. Procede, por lo tanto, ahora detenerse en el análisis de ese principio que representa el paradigma de la eficacia del Registro de la Propiedad, en consecuencia también predicable del derecho real de hipoteca.

2.º) *Fe pública registral*

Comúnmente se afirma que la hipoteca accesorio no está protegida por la fe pública registral, a diferencia de la hipoteca independiente, que sí lo está. De modo que ésta se ofrece como más útil y segura para una futura evolución del Derecho Hipotecario, que contemple una figura hipotecaria paneuropea.

Tal afirmación no es rigurosamente exacta porque no se matiza debidamente.

De lo que se trata en esencia es de determinar si, con arreglo a tal principio, siendo nula o ineficaz la constitución de la hipoteca, o siendo nula o ineficaz la creación de la obligación garantizada, el cesionario del crédito adquirente de la hipoteca —ya que por principio no cabe aquí el desdoblamiento y ha de reunir ambos derechos, puesto que, aunque la hipoteca y el crédito no se adquieran en el mismo momento, ni mediando idénticos requisitos, para la adquisición de la hipoteca es imprescindible ser primero titular del crédito— o, en su caso, el tercer poseedor de la finca hipotecada, vienen o no protegidos por la fe pública registral respecto tanto del derecho real como del de crédito, supuesto el cumplimiento de los requisitos para ello establecidos (art. 34 LH).

Creo que no es procedente ahora entretenerse en demostrar la obviedad del supuesto, esto es, en la existencia de una dualidad de regímenes jurídicos distintos para la hipoteca y para el crédito garantizado. Claramente resulta ello no sólo de la posibilidad de su constitución temporal y documental diversa, sino asimismo de los distintos requisitos de capacidad y forma exigidos por el Derecho para el nacimiento y existencia de una u otro.

El análisis requiere igualmente diferenciar los posibles terceros beneficiarios de la fe pública.

2.º Uno. Tercero es el cesionario del crédito adquirente de la hipoteca

A) *Por lo que hace a la hipoteca*, hay que afirmar que, habida cuenta de su naturaleza de derecho real, debe venir protegida por el sistema registral en los mismos términos en que éste lo hace con el dominio y los demás derechos reales que constituyen su objeto. No hay norma alguna ni razón lógica que impongan, respecto de la hipoteca, una excepción a tal eficacia.

Así pues, en nuestro Derecho, parafraseando el artículo 34 LH, en el que la fe pública registral viene establecida, debe decirse que el tercero que de buena fe adquiera a título oneroso el derecho real de hipoteca de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. Hay que situar la fe pública registral en su justo sitio de protección de la legitimación registral. Aunque el acreedor hipotecario no fuera titular de la hipoteca por la existencia de vicios en la constitución o en la adquisición de su derecho, el cesionario del crédito adquirente de tal hipoteca realiza una verdadera adquisición *a non domino*, si cumple con los requisitos legalmente establecidos para ello.

B) *Por lo que hace al crédito*, sin embargo, resulta *a priori* ciertamente difícil de concebir que se pueda producir una adquisición *a non domino*; esto es, que surja un crédito donde antes no lo había —y un obligado que no lo era—, por no ser el acreedor cedente titular del mismo.

Por eso, hay que hacer de entrada una distinción fundamental. Que el crédito no exista, pues el deudor no se obligó nunca por la existencia de vicios o defectos en la creación de la obligación. O que el crédito exista, pero el titular registral (de la hipoteca) no sea el verdadero titular del crédito (ni por ende de la hipoteca) por la existencia de vicios en su título de adquisición.

Respecto de este segundo supuesto, parece claro que el cesionario del crédito adquirente de la hipoteca será protegido por la fe pública registral, también en cuanto al crédito mismo, si cumple los requisitos del artículo 34 LH, realizando una verdadera adquisición *a non domino*, expropiatoria de quien fuera el verdadero titular del crédito. Ello resulta de la remisión que hace el párrafo segundo del artículo 1.526 del Código Civil al sistema hipotecario en cuanto a la eficacia respecto a terceros de la cesión de créditos.

Sin embargo, en el caso de inexistencia del crédito, la respuesta lógica parece debe ser otra.

Porque también respecto del crédito se plantea el dilema de proteger la seguridad del derecho o la seguridad del tráfico. En ausencia de todo medio oficial de publicidad, es evidente, y no podría ser de otra manera, que el bien

a proteger es el derecho mismo y su titular; en tal caso el no deudor no puede convertirse en deudor en beneficio de tercero, por más que éste haya adquirido un (presunto) crédito de quien dice ser acreedor. Es siempre el acreedor cedente y nunca el deudor cedido el responsable de la verdad del crédito respecto del acreedor cesionario (art. 1.529 CC). Las circunstancias pueden variar cuando tal crédito es objeto de «publicidad», como es el caso de los incorporados a títulos valores, respecto de los que aquella regla se ve trastocada por la Ley, que prefiere entonces la ley de circulación del título que protege el tráfico en beneficio de tercero. Para ello se recurre, no a la subsistencia del crédito incorporado al título, sino a la creación de una obligación distinta, literosuficiente y autónoma, si bien causalmente conectada con aquel crédito subyacente, pero sin que esa conexión causal pueda alegarse respecto del tercero (acreedor) adquirente (siempre de buena fe) del título. En todo caso debe observarse que el deudor es un verdadero deudor formal, pues voluntariamente suscribió el título.

¿Podría afirmarse que la publicidad que la hipoteca atribuye al crédito garantizado genera una situación similar? Es decir, ¿la falta de «*existencia y legitimidad del crédito*» (art. 1.529 CC) puede ser subsanada por el Registro de la Propiedad, en el que los vicios determinantes de aquéllas no consten, en beneficio del tercero de buena fe, que adquiera el crédito a título oneroso y lo inscriba en el Registro? Se trataría más bien de una convalidación, o creación *ex novo*, del crédito mismo —acaso limitada su reclamación a la vía hipotecaria—, que de la creación de una obligación distinta, formal, que podría llamarse «tabular», si por «cartular» es conocida la que se representa en títulos valores. Digo más bien, porque como antes se ha expresado, es difícil de concebir la creación legal de esta obligación nueva, sin que medie en ningún momento el consentimiento del presunto obligado.

En ocasiones en nuestra doctrina se extiende la fe pública registral al propio crédito, siquiera sea mediante la creación de la figura híbrida del crédito hipotecario.

Se utiliza también para ello el artículo 144 LH que establece: «*Todo hecho o convenio entre las partes, que pueda modificar o destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, como el pago, la compensación, la espera, el pacto o promesa de no pedir, la novación del contrato primitivo y la transacción o compromiso, no surtirá efecto contra tercer, como no se haga constar en el Registro por medio de una inscripción nueva, de una cancelación total o parcial o de una nota marginal, según los casos*». Pero, si bien se mira, el precepto no se ocupa de la fe pública registral, sino de la inoponibilidad a tercero de circunstancias no publicadas (acaso el Reglamento sí la contemple al referirse a la «*resolución e ineficacia del mismo contrato*» (art. 240 RH), pero al Reglamento no le podemos dar valor para reformar el sistema hipotecario).

Si se asume, como hemos visto en el apartado anterior, que la inscripción de la hipoteca no es constitutiva del crédito, ni de una obligación autónoma que sería el crédito hipotecario, la adquisición *a non domino* de un crédito (inexistente) por medio de la fe pública registral —como consecuencia del cumplimiento de los requisitos del art. 34 LH— significaría que el no obligado —puesto que el punto de partida es la inexistencia del crédito en el acreedor cedente— pasa a serlo a favor del acreedor cesionario. O ello se explica mediante la virtud taumatúrgica del Registro de la Propiedad de crear un crédito de la nada, de obligar a quien no está obligado, o hay que recurrir a entender, en contra de un criterio aparentemente unánime (y de la inconsciencia de los deudores), que en este caso la hipoteca se independiza del crédito, y que se impone aquélla por sí sola, no obstante la inexistencia de éste (si bien se impone para cubrir un montante económico idéntico al del inexistente crédito, pues en el Registro no consta otra cosa).

Verdaderamente resulta imposible de encontrar una mínima razón convincente que excluya la evidencia de que, en nuestro sistema jurídico, el crédito, no obstante su garantía hipotecaria, se transmite con arreglo a los principios generales del Código Civil (art. 1.524 y sigs.), de modo que *inter partes* se adquiere sólo consenso, sin necesidad de consentimiento del deudor cedido, y con el contenido que realmente tenga, siendo el acreedor cedente responsable frente al cesionario de la existencia y legitimidad de tal crédito, careciendo el adquirente de acción alguna contra el deudor que su transmitente no tuviera, no siendo modificado el principio básico de «*nemo dat quod non habet*», si nada hubiera que transmitir. De modo que el deudor sólo será deudor si verdaderamente lo era, bajo la responsabilidad del acreedor cedente (art. 1.529 CC), sin que norma alguna permita la derogación de tal principio por la publicidad registral.

En cambio, como ya vimos, cuando el conflicto se plantea entre sendos terceros, la guía de solución es la aplicación de los principios registrales (art. 1.526, pfo. 2.º CC).

Estas ideas no deben entenderse como novedad alguna, pues tal planteamiento era desde siempre el expresamente establecido por la Ley Hipotecaria. Es verdad que ahora, al modificar la Ley 41/2007, el párrafo primero del artículo 149, de modo que claramente se diferencia entre la cesión del crédito, que sigue los parámetros generales de las obligaciones del Código Civil, y la adquisición de la hipoteca, que sigue igualmente los mismos parámetros, pero los propios de los derechos reales, y específicamente el de hipoteca en el que la inscripción es constitutiva, la cuestión se ve más clarificada. La expresa exclusión de la necesidad de consentimiento del deudor como parte del iter transmissivo del crédito, que se hallaba en el párrafo reformado del precepto, y que había generado dificultades de interpretación por su difícil adaptación a los principios generales de toda cesión crediticia, cierra la última vía que

en la doctrina se había encontrado para salvar la aplicación de la fe pública registral al crédito: sólo se era tercero después de la notificación y en ausencia de respuesta del deudor sobre la inexistencia del crédito.

Desaparecida en la reforma de 2007 la puesta en conocimiento del deudor, no hay otra cosa ahora en la LH que la aplicación al crédito garantizado con hipoteca de las reglas generales de la cesión de créditos. Precisamente la doctrina encontraba en la propia Ley Hipotecaria, las normas que consagraban la lógica de tales reglas.

Éstas parten de la idea de que para la cesión es indiferente el consentimiento del deudor —no obstante el profundo cambio «contractual» que la sustitución de sujetos activos representa—, pues opera el principio básico e incontestable de indemnidad del mismo a la cesión, esto es, de que su situación respecto del cesionario será necesariamente la misma que tuviera respecto del cedente. Y paradójicamente tal principio de indemnidad —cuyo respeto significa que ninguna circunstancia, ni siquiera la fe pública registral, puede «agravar» su situación, ni por tanto convertir en deudor a quien no lo fuese, creando un crédito *a non domino* donde antes no lo había—, venía expresamente establecido para todo nuestro Derecho, en la mismísima Ley Hipotecaria —de donde la doctrina precisamente lo extendía a todo el sistema civil—, en los dos últimos párrafos del indicado artículo 149 cuando establecía y establece que «*el deudor no quedará obligado por dicho contrato (de cesión) a más que lo estuviera por el suyo*» y que «*el cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente*». Ni el deudor vendrá obligado a más ni el acreedor adquirirá más derechos que los que conformaran el crédito cedido, no los que pudieran resultar del Registro.

En último extremo la cuestión resulta fácil de entender contemplada desde otra perspectiva. La fe pública protege la legitimación registral que de la titularidad del derecho resulta, pero en ningún caso puede crear el objeto sobre el que tal derecho recae. Por eso no puede crear la «finca», si ésta no existe en realidad —estricta perspectiva desde la que debe entenderse la genérica afirmación de que aquel principio no protege los datos de hecho—, ni puede crear el «crédito» si éste en realidad, aunque sea una realidad inmaterial, tampoco existe.

Así pues, la afirmación teórica de que en las hipotecas accesorias no opera la fe pública registral, a diferencia de las hipotecas independientes en que sí lo hace, ha de limitarse a este particular aspecto de la imposibilidad en un sistema de accesoriedad de que la publicidad registral configure un crédito allá donde no exista. En cambio, la fe pública como protección de la legitimación registral —esto es, supuesta la existencia del objeto sobre el que el derecho inscrito recae—, opera en nuestro sistema inmobiliario tanto respecto de la hipoteca como del crédito, por aplicación de los artículos 34 LH y 1.526, pfo. 2.º del Código Civil. La hipoteca independiente sí posibilita la

creación del crédito de la nada, sobre la base de entender que la obligación formal, abstracta, vencida, líquida y de responsabilidad limitada que asume el dueño de la finca al constituir la hipoteca, no es una obligación aparte de la hipoteca, sino que es la hipoteca misma pudiendo, en consecuencia, ser protegida por la fe pública registral que, en todo caso, también en el nuestro, protege a ésta.

A mi entender, ningún desdoro puede representar para nuestro sistema registral el que, en materia de derecho de obligaciones, se prefiera la seguridad del derecho a la seguridad del tráfico. Tanto más cuanto, a la postre, en todo caso ambos sistemas hipotecarios gravitan sobre el mismo obligado pivote: la responsabilidad del acreedor cedente por la existencia y legitimidad del crédito (pivote que, cuando se piensa en las entidades financieras como generales cedentes, debe transmitir el mismo grado de confianza cualquiera que sea el sistema seguido). La diferencia radica en que mientras en la hipoteca accesoria tal responsabilidad es directa frente al acreedor cesionario, en la hipoteca independiente la misma es indirecta y de segundo grado frente al deudor cedido que se viera obligado a pagar al acreedor cesionario —a través del recurso a la denuncia de enriquecimiento injusto obtenido por el acreedor cedente—. Sinceramente no se alcanzan a encontrar, al menos en esta tesitura, las razones para preferir un sistema de abstracción contrario a toda lógica transmisiva y a un mínimo criterio de equidad —¿por qué debe ser el no deudor el que pague, al menos *ab initio*, las consecuencias?— cuando además no está exento de riesgos colaterales (posible aparición de una dualidad de terceros protegidos).

2.º Dos. Tercero es el tercer poseedor de la finca hipoteca

Este supuesto sólo puede plantearse por mantener el esquema de trabajo. En realidad no es necesario tratar la figura del tercer poseedor, pues respecto de éste la inexistencia de la hipoteca que grava su finca, o la inexistencia del crédito garantizado, nunca serán un motivo de perjuicio, e incluso la mejor doctrina entiende que una de las consecuencias del principio de accesoriedad, es que él mismo podrá alegarlas en el momento procesal oportuno.

3.º) *Inoponibilidad*

Frente a la afirmación un tanto apresurada de que eficacia del Registro de la Propiedad es la atribución de oponibilidad a los derechos, debe reiterarse aquí que su objeto no es atribuirle, sino asegurarla, protegiendo el derecho publicado mediante la inoponibilidad a él del no publicado. La oponibilidad

es intrínseca en los derechos reales, forma parte de su eficacia *erga omnes*, de modo que la inscripción no la atribuye, sino que es la falta de inscripción la que puede excluirla.

Hay que rechazar por completo el planteamiento de que la inscripción atribuye oponibilidad y por ende una eficacia real de la que sin la publicidad carecería el derecho inscrito. De esto ya nos hemos ocupado antes al hablar del contenido de la inscripción de la hipoteca: la Ley 41/2007 no ha modificado el sistema civil para contemplar la publicidad de obligaciones; lo que ha modificado, mejor aclarado, es el contenido del derecho real de hipoteca que debe figurar en el asiento registral.

En el estudio de este apartado debe mantenerse la misma perspectiva separada de los derechos concernidos —hipoteca y crédito— que desde el principio hemos seguido. Y puesto que aquí la modificación no publicada de uno u otro derecho puede tanto agravar como reducir el contenido de lo que en el Registro consta, obligado es dotar de contenido a la cuestión contemplando ambas posibilidades de tercero.

3.º Uno. Tercero es el cesionario del crédito adquirente de la hipoteca

A) *Respecto del derecho real de hipoteca*, es obvio que opera el principio general de inoponibilidad del artículo 32 LH. Por principio, el acreedor hipotecario no puede verse perjudicado por títulos anteriores no inscritos y tampoco el cesionario del crédito adquirente del derecho real de hipoteca puede verse perjudicado por títulos anteriores no inscritos, es decir, por la modificación o extinción del derecho real que su transmitente haya podido realizar y que no constaran publicadas cuando él inscribe su derecho. Esto resulta no sólo del artículo 32 LH, sino también del antes citado artículo 144 LH.

En principio esa protección se extiende al contenido propio del derecho real de hipoteca. Conviene aquí repasar la lista de tal contenido que antes quedó reflejada. Por lo tanto, ni la cancelación de la hipoteca, ni la modificación de los pactos, a que antes me he referido con pretensión de exhaustividad —sobre extensión objetiva, rango, procedimientos de ejecución...—, que no se hubieran hecho constar debidamente en el Registro de la Propiedad serán oponibles al adquirente de la hipoteca. Aquí habríamos de preguntarnos en este momento si el contenido de la obligación que se refleja en el asiento de la hipoteca y que ahora ha perfilado el artículo 12 LH en los términos estudiados —sustancialmente cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras—, forma o no parte de la hipoteca a efectos de recibir la protección destinada a ésta, o goza únicamente de la protección que le corresponda como tal obligación. Antes de plantear una respuesta, parece

oportuno razonar cuál es la protección que la inoponibilidad registral atribuye al crédito.

Ahora bien, no nos perdamos en el camino de la construcción que estoy haciendo: estamos hablando, en este apartado, de la adquisición de la hipoteca, no de la adquisición del crédito que ya hemos visto que se guía por otros parámetros. Lo que ocurre es que, dada la naturaleza de derecho accesorio de la hipoteca, no se adquiere la misma si previamente no se adquiere válidamente el crédito garantizado. Por lo tanto, lo que aquí se quiere decir es que, presupuesto que se haya adquirido válidamente el crédito, la extinción o modificación de la hipoteca no puede perjudicar a quien la ha adquirido con el contenido que el Registro publica. Por eso en el caso de la cancelación debe de tratarse de una cancelación que no sea consecuencia de la carta de pago o extinción del crédito, pues aquí el presupuesto falla. Habremos de indagar entonces separada y previamente —de esto me ocupo en el apartado siguiente—, si en tal caso se ha adquirido válidamente el crédito pagado o extinguido sin que el Registro publique su extinción. Sólo después de haber concluido en que efectivamente se ha adquirido el crédito, podremos plantearnos si la inoponibilidad protege o no a la hipoteca respecto de actos no publicados. Pero si la conclusión es que no se ha adquirido el crédito, no hay cuestión a plantearse porque tampoco se ha adquirido la hipoteca.

Por otra parte, es verdad que además la inscripción de la hipoteca es constitutiva, lo que significa que respecto de ella no hay más derecho ni más contenido que el que el Registro publica, pero, por un lado, busco aquí expresar la lógica del sistema de inoponibilidad, y por otro, tal constitutividad no es aplicable al crédito, por lo que el planteamiento de la protección a su titular por la inoponibilidad es inexcusable.

B) *Respecto del crédito garantizado*, aquí sí que el análisis de la inoponibilidad debe hacerse sin duda sobre la base que proporciona el artículo 144 LH antes transcrito literalmente.

Previamente, no obstante, hay que hacer una referencia al artículo 1.526 del Código Civil que hace, como ya vimos, de la publicidad registral el eje de la inoponibilidad aplicado a la cesión de créditos referidos a un inmueble. No es oponible al cesionario inscrito la cesión anterior no publicada. De alguna manera la inscripción de la cesión (*ergo*: adquisición de la hipoteca) es constitutiva respecto de terceros también en cuanto al crédito: es preferido el primero que inscribe.

Ahora bien, respecto del propio deudor, ¿puede éste oponer al cesionario el pago o las modificaciones del crédito que hubiera acordado con el acreedor cedente y que no consten publicadas cuando el cesionario inscribe su derecho (de hipoteca)? Parece que no a tenor del artículo 144 LH. Recuerdo ahora que el pago es expresamente mencionado por la norma. Literalmente entendido el

precepto hay que concluir en que no surte efecto respecto de terceros —desde luego el cesionario— el pago —obviamente tampoco el pago parcial— que no se haya hecho constar en el Registro; *ergo*, el deudor debe volver a pagar al cesionario que adquiriera el crédito en la situación registral. Inmediatamente viene a la cabeza el supuesto de las hipotecas de amortización periódica, y la situación deviene difícil de explicar.

Desde cuando ROCA SASTRE era ROCA SASTRE se viene asumiendo que el artículo 144 LH no es aplicable, no puede ser aplicable a las hipotecas de seguridad, es decir, a aquéllas en que la determinación de la obligación garantizada se realiza por medios extrarregistrales. Aunque el precepto nada diga, la distinción resulta de la realidad de las cosas. No puede quedar desvalorizada de eficacia por su no publicidad una cualquier circunstancia cuya publicidad no esté contemplada.

En el caso del pago, su publicidad sí esta contemplada. Mediante nota marginal, cuando no proceda la cancelación parcial (art. 240 RH). Es decir, mediante simple expresión de reducción de la cifra de deuda (lo que significa la correlativa reducción de responsabilidad hipotecaria), cuando no se acuerde la liberación (cancelación) parcial de la finca hipotecada, o total de alguna de ellas en el caso de ser varias. Pero, ¿tiene algún sentido de realidad el pensar que el deudor, todos los deudores, deben hacer constar sus amortizaciones periódicas en el Registro de la Propiedad, para evitar que, por error —no cabe pensar siquiera en culpa o dolo— de las entidades financieras, se vean obligadas a pagar nuevamente al cesionario de su crédito, que lo adquirió con el contenido del Registro, es decir, sin que resultaran de él las cuotas amortizadas?

Meditando a partir de esta idea, se llega a la conclusión de que todas las hipotecas accesorias son hipotecas de seguridad, y que sólo son hipotecas de tráfico las independientes, porque en ellas, como ya he dicho, todo el contenido del «crédito» —que no es un crédito, por tratarse de una simple carga, o como ya he repetido una obligación abstracta, vencida, líquida, de responsabilidad limitada..., un puro contenido económico de liberación, si se quiere, que se hace equivalente a la hipoteca misma— es el que, como hipoteca, figura en el Registro, de modo que nada debe haber fuera de éste, y por lo tanto nada de lo que acaso pudiera haber fuera de él podrá perjudicar (no existe por principio) al adquirente inscrito de la hipoteca. En cambio, ello no puede ser así en las hipotecas accesorias, porque éstas garantizan necesariamente un crédito extrarregistral, de modo que el Registro de la Propiedad no tiene capacidad —no es su finalidad— para configurar el crédito, y el contenido de éste será siempre el que exista en la realidad en cada momento.

En definitiva, resulta imposible en nuestro Derecho abstraerse de la taxativa regla de indemnidad del deudor del párrafo segundo del artículo 149 LH: *«El deudor no quedará obligado por dicho contrato a más que lo estuviere*

por el suyo», de modo que respecto de la modificación o extinción del crédito (inoponibilidad) habrá de predicarse lo mismo que se ha predicado respecto de la inexistencia del mismo (fe pública): que es el acreedor cedente el responsable frente al cesionario de la «*existencia y legitimidad del crédito*» (art. 1.529 CC) sin que pueda pretender trasladar el perjuicio al inocente deudor. (Insisto en que el riesgo de no aplicar las reglas de la seguridad del tráfico a la cesión de créditos se ve suavizado por la naturaleza general de los cedentes responsables: las entidades financieras.)

En definitiva, dos son los principios básicos y trascendentales que rigen esta materia: el principio de indemnidad del deudor frente a la cesión del crédito y el principio de accesoriedad de la hipoteca. Como consecuencia, el acreedor cesionario adquiere el crédito en los mismos términos y contenido en que perteneciera al acreedor cedente, y en consecuencia la hipoteca adquirida tendrá ese mismo contenido obligacional. Con esto queda explicado que el contenido de la obligación que se hace constar en el asiento para determinar el contenido de la hipoteca —duración y cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras (art. 12 LH)— no goza en este punto de la protección registral por inoponibilidad, de la que sí goza el contenido propio del derecho real. De modo que al tercero adquirente de la hipoteca no le serán oponibles pactos sobre renuncia a la garantía, o sobre alteración de rango, o sobre modificación de domicilio (sin perjuicio de los derechos legales del deudor al respecto), o sobre tasación para subasta, o sobre reducción de la extensión objetiva de la hipoteca, o sobre caducidad de la misma..., pero sí los acuerdos sobre duración u otras condiciones financieras que afectan a la obligación de devolver del deudor.

Por eso, en mi opinión, revela total incongruencia imaginar que la Ley ha establecido la «publicidad-noticia» de *las cláusulas vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras* para ilustración de adquirentes del crédito, sean estos cesionarios o «subrogados» de la Ley 2/94 —aunque respecto de éstos mucho más habría que hablar, no sólo por la intervención, en tal caso del deudor, sino por la debatida cuestión de si en tal caso ha habido o no sustitución de créditos—. O la publicidad de tales cláusulas define el contenido del derecho adquirido o se trata de un clamoroso engaño.

Cuestión colateral, pero de no menor trascendencia, es decidir si la inoponibilidad de la modificación no publicada puede ser apreciada por el Registrador de la Propiedad o es una cuestión de decisión judicial. A mi entender, en materia de derechos reales no es que pueda el Registrador, es que es su obligación, no siendo de recibo el recurso a practicar inscripciones con rangos a determinar judicialmente en el futuro. Insisto: rangos, no preferencias crediticias que éstas sólo se declaran en procesos ejecutivos singu-

lares o colectivos. Por eso el Registrador de la Propiedad, una vez inscrita la adquisición de la hipoteca, no podrá inscribir ningún título otorgado con anterioridad que la modifique (art. 17 LH). Mayores matices debe adquirir la cuestión cuando la modificación afecte al crédito, pues como ha quedado explicado el principio de indemnidad del deudor determina que esa modificación afecte al cesionario del crédito, sin perjuicio de la responsabilidad del acreedor cedente.

Al respecto, debe observarse que disponemos de un precepto en la normativa hipotecaria no sólo atinente al caso, sino que asimismo confirma la visión general que sobre el asunto aquí se defiende. Dispone el 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*», norma legal de la que el Reglamento extrae la oportuna consecuencia: «*La inscripción de cesión de créditos hipotecarios, cuando no constare en el Registro que se ha dado conocimiento al deudor, y éste pagare al cedente podrá cancelarse con el documento que acredite dicho pago, sin perjuicio de las responsabilidades a que se refiere el artículo 151 de la Ley*» (art. 176 RH).

La norma legal no es sino una expresión más de que el régimen civil de cesión de créditos no se modifica por el hecho de venir éste garantizado con hipoteca. De modo que para el deudor sigue siendo su acreedor el cedente, en tanto no se le notifique —o acaso llegue a su conocimiento, matices de un debate en el que aquí no podemos entretenernos— el cambio de acreedor, y por ello el pago de buena fe hecho al primero, que es el que se halla a sus efectos en posesión del crédito, por más que el segundo haya podido incluso inscribir la adquisición de la hipoteca —de modo que no puede establecerse una presunción de conocimiento del cambio de acreedor deducida de la publicidad registral— es un pago liberador de la obligación (art. 1.164 CC). En consecuencia, de tal pago procede la cancelación de la inscripción de la hipoteca y después la de la cesión de la misma, mediante la correspondiente escritura de reconocimiento del mismo otorgada por el acreedor cedente. (Documento de acreditación de extinción de la obligación, no consentimiento formal cancelatorio; el propio Reglamento Hipotecario desautoriza tres artículos antes, cualquier lectura contra sistema del art. 179 RH).

Y si es oponible al cesionario —incluso al cesionario inscrito (su derecho de hipoteca)— el pago realizado por el deudor al acreedor aparente, en todo tiempo incluso con posterioridad a la inscripción de la cesión, en tanto sea de buena fe y no se le haya notificado el cambio de acreedor, ¿cómo no van a ser oponibles al cesionario el pago y todos los demás actos modificadores de la obligación realizados con anterioridad, es decir, cuando el acreedor era verdaderamente acreedor, y no sólo una apariencia de tal? En la medida en la que el Registrador de la Propiedad cumpla los artículos 151 LH y 176 RH,

entiendo que cabe hacer constar en el Registro de la Propiedad aquellas modificaciones consignables registralmente del contenido de la obligación garantizada, documentadas entre deudor y acreedor cedente, aún cuando conste inscrita la hipoteca a favor del cesionario.

Lo que nos lleva a una nueva cuestión que sólo puedo dejar apuntada y es la de si subsiste, después de la reforma hipotecaria de la Ley 41/2007, la vigencia del artículo 242 RH que permite la renuncia del deudor en escritura pública a la notificación de la cesión, lo que se ha convertido en cláusula de estilo de las escrituras de préstamos y créditos hipotecarios. En mi opinión claramente no, si mediante tal renuncia se pretende menoscabar el sustancial principio de la indemnidad del deudor al cambio de acreedores.

3.º Dos. Tercero es el tercer poseedor

A) *Respecto de la hipoteca*

Al tercer poseedor de la finca hipotecada, por tanto gravada con el derecho real de hipoteca, le concierne toda modificación del contenido de éste. Parece razonable pensar que con arreglo al principio de inoponibilidad no le puede perjudicar ninguna modificación que lo agrave y que no conste inscrita cuando el inscribió su derecho (arts. 32 y 144 LH).

Por contenido del derecho real hay que entender aquí no sólo aquél clausulado que se refiera estrictamente al derecho real, sino asimismo todo el contenido obligacional que delimita su ámbito. Por lo tanto, la inoponibilidad al tercer poseedor debe venir también referida sin duda a las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras.

No se trata aquí de analizar la posible influencia de la modificación de la obligación respecto del adquirente de la finca hipotecada. Este aspecto referido al crédito es el que procede tratar en el apartado siguiente. De lo que se trata aquí es de sentar que el contenido publicado de la obligación en cuanto determina el ámbito de la hipoteca, no puede ser alterado posteriormente en perjuicio del nuevo sujeto pasivo de ésta. Es pues una inoponibilidad de aspecto estrictamente hipotecario. Se comprueba de esta manera que el contenido de la obligación que debe constar en el asiento de hipoteca por gozar de trascendencia real —cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras que determinan el objeto de la garantía—, al definir el contenido del derecho real, sigue como es lógico las reglas de éste. Repetidas cláusulas se comportan como obligación respecto del cesionario del crédito (por lo tanto, no cabe la publicidad) y como derecho real respecto del tercer poseedor de la finca hipotecada (por lo tanto procede la inscripción).

La inscripción de la hipoteca no puede asegurar al adquirente del crédito que el contenido de éste no sea menor que el que consta publicado, pero sí al adquirente de la finca que no es mayor el contenido del gravamen.

Además, tal inoponibilidad ha sido remachada por la propia Ley 41/2007 al determinar que sólo el contenido obligacional publicado determina el ámbito de la futura ejecución hipotecaria. Así resulta de la reforma 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 título que se hayan recogido en el asiento respectivo»*. Es obvio, por consecuencia, que tales extremos no pueden ser modificados en perjuicio del tercer adquirente de la finca hipotecada, que debe padecer tal procedimiento.

De modo que el Registrador de la Propiedad deberá denegar la inscripción retrasada de todo documento que modifique el contenido obligacional «inscrito», acordado entre acreedor y deudor/dueño de la finca, cuando aparezca en el Registro un nuevo titular de ésta (art. 17 LH). Y desde luego tal modificación no podrá determinar el ámbito de la futura ejecución hipotecaria. (Este es el principio; obviamente podrá hacer constar la modificación en el caso de que resulte de todo punto evidente que ésta es beneficiosa para el nuevo dueño, por ejemplo, reducción de la deuda.)

Tampoco debiera ser admisible la inscripción de tal modificación en el caso de que los terceros poseedores sean de segundo grado, es decir, titulares de derechos reales limitados, o incluso «titulares» de otras cargas, como anotaciones preventivas de embargo, respecto de los que tampoco puede alterarse el contenido de la ejecución hipotecaria preferente. Y debe ser extensiva esta inadmisibilidad al supuesto en que la modificación de la obligación garantizada sea la «ampliación de capital», sin que sea posible pensar que en este caso es posible la inscripción so pretexto de que el nuevo crédito (ampliación) tendrá la preferencia que su fecha le atribuya. Esto supone una grave confusión entre el rango hipotecario, que el Registrador de la Propiedad debe determinar con toda claridad al extender los asientos, y la preferencia crediticia que debe ser dilucidada mediante oportuna tercería.

A mi juicio, es con arreglo a tales principios esenciales del sistema cómo debe interpretarse la nueva redacción dada por la misma Ley 41/2007 al artículo 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, que excediéndose quizá del ámbito de la propia Ley reformada se mete en el berenjenal de regular el «rango» de los derechos, con maneras muy sospechosas de confundirlo con la preferencia crediticia. Por lo tanto, y sin tiempo ahora de realizar un estudio más profundo, entiendo que sólo se está ocupando de los terceros poseedores de segundo grado, esto es, titulares de rango posterior a la hipoteca modificada, no de los terceros de dominio. Y sobre todo entiendo que cuando incluye el *«incremento de la*

cifra de responsabilidad hipotecaria» como circunstancia no oponible a tercero —de ahí la pérdida de rango—, está comprendiendo no sólo las *condiciones financieras* —ampliaciones de capital, o de intereses o prestaciones accesorias—, sino toda aquella circunstancia de la obligación que agrave el ámbito de la hipoteca, como puede ser el establecimiento de nuevas cláusulas de vencimiento anticipado.

B) *Respecto del crédito*

Exagerando los términos, podría decirse como punto de partida que el tercer poseedor no es «tercero» respecto del crédito garantizado porque no sólo es ajeno a él, sino que además no entra en relación con el mismo. Tal relación se produce solamente mediante su expresa asunción —lo que es un acto distinto y no consustancial a la adquisición de la finca hipotecada—, y aún podría añadirse, cuanto menos, cuando medie el consentimiento del acreedor, que en tal momento tampoco es tercero sino que pasa automáticamente a la categoría de parte (deudor) (arts. 1.205 CC y 118 LH).

El hecho de que tal asunción se produzca generalmente en toda adquisición voluntaria, no basta para modificar los fundamentos jurídicos de la cesión de deudas, de modo que las reglas generales de Derecho Civil al respecto operan sin modificación alguna derivada de los aspectos hipotecarios de la garantía. Al tercer poseedor no le afecta el contenido de la obligación sino en la estricta medida en la que éste define el ámbito —y ámbito ejecutivo— del derecho real de hipoteca. Y en tal ámbito queda protegido naturalmente por el principio de inoponibilidad. (Lo que no impide, por otra parte, que en el mismo pueda oponer, siempre en el momento procesal oportuno, toda suerte de circunstancias modificativas o extintivas del crédito, incluso las personalísimas del deudor, puesto que precisamente esto es la esencia de la accesoriedad de la hipoteca.)

Debe observarse, por último, que el hipotecante no deudor no ha sido incluido entre las figuras de tercero, al contemplar la inexistencia o modificación del crédito o de la hipoteca, puesto que él es parte en el negocio constitutivo de ésta (no deudor, en principio, salvo que se obligue además expresamente). Como dueño de la finca hipotecada —sujeto pasivo, podría decirse, del derecho real de hipoteca— no podrá realizarse, o cuanto menos inscribirse, ninguna modificación del contenido real de aquella sin su consentimiento, lo que desde luego incluye al objeto de la garantía, la obligación garantizada, en cuanto determine tal contenido.

4.º Ejecutividad

La afirmación de que el asiento de hipoteca atribuye ejecutividad (¿a la hipoteca?, ¿al crédito?) habrá necesariamente de explicarse.

Según mi manera de entender las cosas, el derecho real de hipoteca configura un ámbito ejecutivo especial —la finca hipotecada—, en cuyo ámbito el crédito garantizado goza de una ejecutividad ciertamente cualificada, y «privilegiada» respecto de la que ostentaría en el procedimiento ejecutivo ordinario. «Privilegiada» no quiere decir reconocimiento de preferencia de cobro en el procedimiento, sino exclusividad en su pretensión respecto de la finca hipotecada.

El origen de tal forma especialísima de ejecutividad es conocido. La Ley Hipotecaria de 1909, que introdujo el que fue llamado procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria. Sobre la base de la determinación registral del crédito se innovó un procedimiento, que no un «proceso», comisorio en mi opinión, en el que ninguna cuestión cabía plantear respecto del crédito mismo, quedando éstas reservadas a un verdadero proceso judicial declarativo posterior. Aquí comenzó la distinción entre hipotecas ordinarias (de tráfico) e hipotecas de seguridad, en función de que la determinación registral de la deuda por ellas garantizada propiciara o no el acceso inmediato a tal procedimiento.

Tal procedimiento, de naturaleza ajena a lo procesal en la mente de sus patrocinadores, fue inevitablemente acercándose a esta órbita. Y en ese acercamiento se planteó lógicamente su constitucionalidad, la cual fue reconocida fundamentalmente por una razón: la certeza que el sistema atribuía al crédito gracias a la documentación pública con todas sus garantías y a la publicidad registral, precedida ésta de la calificación independiente del Registrador de la Propiedad.

Posteriormente los procesalistas culminaron su objetivo, y el «procedimiento» fue convertido en un «proceso ejecutivo especial» (arts. 681 y sigs. LEC 1/2000), en el que perdió obviamente toda su naturaleza sustantiva o «civil». Se consumó además otra circunstancia ya atisbada, la pérdida de valor de la distinción entre hipotecas de tráfico y de seguridad, dado que se consagró el acceso directo de todas ellas a dicho proceso ejecutivo especial, si bien con la particularidad en las segundas de que la «determinación de la deuda» debía encomendarse a la creación de un «saldo contable», reconociéndose incluso el derecho unilateral, previo pacto, de su fijación a la Entidad financiera acreedora, si bien ampliándose, en tal caso, la nómina de las excepciones concedidas al deudor.

Prescindiendo de las excepciones concedidas en tal caso que de alguna manera sí afectan estrictamente al crédito, la LEC, visto el éxito alcanzado por el procedimiento judicial sumario, trató de conservar todos sus paráme-

tros, de modo que lo que era un «comiso civil» —legitimado como «marciano», si se quiere, por la autoridad de los rectores del procedimiento: juez o notario— se respetó mediante el reducir drásticamente las causas de oposición alegables por el deudor en esa vía del proceso ejecutivo especial. Puede decirse que de alguna manera tales causas se limitan por Ley a circunstancias estrictamente atinentes a la hipoteca —su existencia y vigencia—, quedando todas las circunstancias relativas al crédito relegadas a un posible proceso declarativo, en el que sí hay plenariedad de prueba y en el que toda la carga de accesoriedad de la hipoteca debe manifestarse.

Por lo tanto, respondiendo a los interrogantes con los que comenzaba este apartado, puede decirse que hoy la inscripción de la hipoteca atribuye a ésta un ámbito especial y exclusivo de ejecución, en el que el crédito viene dotado de una excepcional abstracción procesal ejecutiva. Tal planteamiento es el que ha venido a confirmar la reforma del artículo 130 LH que antes he transcrito literalmente.

Frente a las dudas que los procesalistas siguen manifestando respecto de la constitucionalidad de un proceso ejecutivo así establecido, por cuanto afirman que la inscripción de la hipoteca tiene mayor eficacia ejecutiva que la propia sentencia judicial firme, hay que recordar las razones de que aquélla fuera declarada por el Tribunal Constitucional: la certeza del contenido de la obligación garantizada derivada de la documentación pública y de la calificación y publicidad registrales. En trance de interpretar el artículo 12 LH, no debieran olvidarse esos principios. Ni los trascendentales beneficios que para todo el sistema crediticio ha representado su existencia por la facilidad en la recuperación de su inversión concedida a los acreedores. El aúrpice ya apunta que detrás de la pretensión de desestabilización del Registro de la Propiedad se sigue la del propio procedimiento ejecutivo hipotecario por razón de que hasta ahora lo hipotecario y lo registral se entendían sinónimos.

5.º Conclusión sobre la eficacia del asiento de hipoteca

La reforma del artículo 12 LH ha venido a tipificar el contenido real de la hipoteca en cuanto a su objeto la obligación garantizada. Tal contenido real viene constituido por las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras cuya determinación —y obviamente la de su trascendencia real, que pueden evidentemente excluir— en la escritura corresponde a las partes con arreglo al principio de autonomía de la voluntad. Como tal contenido real goza de la eficacia propia de la hipoteca participando del ámbito de inoponibilidad y ejecutividad de ésta. Sin embargo no pierde su naturaleza obligacional ni es objeto como tal de inscripción, por lo que no se modifi-

ca el régimen general de la transmisión de obligaciones del Código Civil, de manera que el adquirente del crédito titular de la hipoteca no queda protegido respecto del crédito por los principios de fe pública y de inoponibilidad registrales, como sí lo está respecto de la hipoteca. La inscripción de la hipoteca no asegura el contenido del crédito a su cesionario, sí el contenido del gravamen de la finca a su adquirente.

CUATRO. APÉNDICE

NOTAS A LA RDGRN DE 24 DE JULIO DE 2008

BOE número 190, jueves, 7 de agosto de 2008

Recupero de esta manera mi viejo cometido de comentarista para la *RCDI* de las *RRDGRN*. Los tiempos han cambiado. Voy a entrar directamente en los Fundamentos de Derecho de la Resolución. Me abstendré de hacer comentario alguno sobre la Nota e Informe del Registrador —ya se sabe que este último carece de valor para la Dirección y no figura en el *BOE*—, y sobre el informe del Notario —si bien he de hacer notar que se ha debido producir una confusión de papeles en el recurso, pues al menos en seis ocasiones en la transcripción de él que recoge el *BOE* se emplea como «Esta Dirección General», de manera que parece que sus palabras proceden del mismo Centro Directivo—.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 1, 2, 9, 12, 18, 19 bis, 27, 32, 38, 65, 98, 104, 114, 126, 130, 145, 146, 153, 153 bis, 253 y 258 de la Ley Hipotecaria; 1.129, 1.255, 1.256, 1.281, 1.283, 1.284, 1.285, 1.286 y 1.857 del Código Civil; 9, 22 y 23 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación; artículos 83, 84 y 85 del Texto Refundido de Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre; 538.4, 551, 559, 569 y 681 a 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 4, 7, 51.6.ª, 219, 220 y 353 del Reglamento Hipotecario; y las Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987, 26 de diciembre de 1990, 18 de enero y 17 de marzo de 1994, 14 de enero de 1991, 18 de noviembre de 2005, 2 y 19 de enero y 23 de febrero, 8, 11, 13, 15, 20 y 21 de marzo, 1 y 2 de abril, 10 de mayo, 4 y 27 de junio, 16 de julio, 20 de septiembre y 14 de noviembre de 1996, 14 de enero de 1997, 20, 21 y 28 de enero de 1998, 13 de febrero de 2004, 2 y 3 de septiembre de 2005,

19 de abril de 2006, 21 de diciembre de 2007 (dos) y 14 de enero, 1, 7, 8 (dos), 22, 28 y 29 de febrero y 1, 10, 14, 15, 19 (dos), 22, 24 (dos), 25 y 27 de marzo y 5 y 6 de mayo de 2008, entre otras.

1. En el supuesto al que se refiere este recurso, la Registradora inscribe una hipoteca en garantía de un préstamo concedido por una Entidad de crédito, pero con exclusión de determinadas cláusulas o pactos, por las razones que expresa en su calificación.

2. En primer lugar, según expresa la Registradora en el apartado I) de los Fundamentos de Derecho de dicha calificación, no se han hecho constar determinadas cláusulas de vencimiento anticipado del préstamo porque, a juicio de la funcionaria calificadora, son contrarias a las normas que detalla en la nota objeto de impugnación. Y respecto de tales cláusulas alega los siguientes argumentos: «Dichas cláusulas afectan a la duración de la hipoteca (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de marzo de 2008), configuran los contornos del derecho real con trascendencia erga omnes (Resoluciones de la DGRN de 23 y 26 de octubre de 1987) determinando la posibilidad de ejecución o realización de valor, que es inherente al derecho real de hipoteca (arts. 569.2.3, 569.1 del Libro V del Código Civil de Cataluña; 104, 126 de la Ley Hipotecaria; 7 de su Reglamento, y 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), teniendo en cuenta que la ejecución directa por el Juez parte de los extremos recogidos en el asiento con los efectos de publicidad legalmente previstos (arts. 1 párrafo tercero, 32, 38 párrafo primero y 130 de la Ley Hipotecaria) en consonancia con el carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca (art. 145 de la Ley Hipotecaria, 1.857 del Código Civil y, por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 29-9-2003) sin posibilidad de atender en el proceso el Juez a la oposición del deudor por nulidad de las mismas (arts. 130 de la Ley Hipotecaria y 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Se tiene también en cuenta que, en tal medida, son cláusulas de trascendencia real que han de ser calificadas por el Registrador (arts. 12, 16 y 65 de la Ley Hipotecaria, párrafo cuarto, tercer inciso de la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007) por afectar a la duración de la hipoteca; que sobre el supuesto planteado en esta nota no hay pronunciamiento expreso de la Dirección General de los Registros y del Notariado; y la fundamentación de constitucionalidad del proceso de ejecución sumaria hipotecaria (reproducido en esencia en el vigente) dada por la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1981».

3. Esta primera cuestión debe resolverse atendiendo al ámbito propio de la función calificadora del Registrador y al contenido de la inscripción del derecho real de hipoteca, conforme a los artículos 18 y 12 de la Ley Hipotecaria.

Esta Dirección General ya entendió en su Resolución de 19 de abril de 2006, conforme al texto del artículo 12 de la Ley Hipotecaria entonces vigen-

te (según criterio reiterado por otras posteriores que se citan en los «Vistos» de la presente, en especial las de 5 y 6 de mayo de 2008) que, por imperativo del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, el Registrador sólo puede calificar las cláusulas de trascendencia jurídico-real inmobiliaria, debiendo comenzar su examen, como prius lógico de su actuación, determinando qué cláusulas tienen tal carácter y deben ser calificadas y, en su caso inscritas, y cuáles son de carácter obligacional y quedan vedadas a su calificación.

En concreto, se afirmaba en dicha Resolución que 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».

Consecuentemente, sobre las estipulaciones que carezcan de trascendencia real no recae, en puridad, verdadera calificación, sino más bien una previa actividad lógica de determinación para excluirlas de la actividad de control en que se ha de traducir (en el ámbito que le es propio) esa calificación en sentido estricto que ha de ejercer el Registrador, relativa a las cláusulas con trascendencia jurídico-real inmobiliaria, que son las que únicamente deben inscribirse siempre que sean conformes al ordenamiento jurídico. Así, esas estipulaciones de trascendencia meramente obligacional no sólo es que no se debían expresar, en ningún caso, en la inscripción, según la normativa entonces vigente (art. 51.6.º del Reglamento Hipotecario), sino que, precisamente por ello, no han de detallarse individualmente en la nota de calificación, pues más que existir algún defecto u obstáculo que impida su constancia registral, lo que ocurre es que no son susceptibles de inscripción.

No obstante, debe advertirse que dicho régimen ha sido en parte confirmado y en parte modificado por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de Modificación de la Regulación del Mercado Hipotecario.

Esta Ley, 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 Ley Hipotecaria)—, porque así se deriva del ámbito objetivo de la inscripción en el Registro de la Propiedad (arts. 1 y 2 de la Ley Hipotecaria y 4 y sigs. de su Reglamento), así como de los efectos de ésta —publicidad erga omnes de tales derechos reales inmobiliarios—, da nueva redacción al artículo 12 de la Ley Hipotecaria y 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 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 obliga-

ciones 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».

Se distingue así entre las cláusulas de trascendencia real, concretadas por la Ley en el párrafo primero del mencionado artículo 12, que son las que debe calificar el Registrador, y las restantes cláusulas que no son objeto de inscripción ni, por tanto de calificación, sino de mera transcripción en los términos pactados y que resulten del título (1). Y es que, respecto del ámbito de la función calificadora del Registrador, dicho precepto legal concuerda con el criterio formulado por los artículos 83 y 84 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (de los cuales resulta, respectivamente, que se atribuye 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; y se establece que los Registradores de la Propiedad no inscribirán aquellas cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales), 9, 22 y 23 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación, y 258.2 de la propia Ley Hipotecaria (2). Por otra parte, según el criterio reiterado por este Centro Directivo, el enjuiciamiento de la validez o nulidad de tal tipo de cláusulas se halla reservado, como no puede ser de otra manera, a los órganos jurisdiccionales competentes (cfr., por todas, la Resolución de 19 de abril de 2006).

Tal es la doctrina mantenida igualmente por esta Dirección General en sus Resoluciones de 21 de diciembre de 2007 (dos) y 14 de enero, 1, 7, 8 (dos), 22, 28 y 29 de febrero y 1, 10, 14, 15, 19 (dos), 22, 24 (dos), 25

(1) La Resolución mantiene la línea de los *obiter dicta* de las precedentes Resoluciones. Se inicia el párrafo con un «Se distingue así...», que da por supuesto que los dos párrafos del artículo 12 establecen con tanta claridad la diferencia entre tener o no tener trascendencia real, que no parece necesitarse ni una sola palabra en prueba de la afirmación. Honradamente, por más vueltas que doy al texto legal, no alcanzo a atisbar la evidencia, cuando además la misma significa un vuelco radical en el entendimiento de todo el sistema inmobiliario.

(2) No se alcanza a comprender cuál sea el criterio por el que el artículo 12 LH «concuerda», en el ámbito de la función calificadora, con los artículos 83 y 84 del Texto Refundido que se cita. Debe observarse además que la registradora no ha citado en su calificación tal texto, ni ha hecho al clausulado de la escritura imputación alguna relacionada con la normativa protectora de consumidores. La abusividad de una cláusula es un motivo específico de nulidad, cuyo conocimiento puede corresponder en exclusiva a los Jueces —esta es una cuestión que ni procedía en el recurso (art. 326 LH), ni yo voy a tratar aquí—, pero en este caso no puede utilizarse tal planteamiento para desacreditar la nota de la registradora que para nada incidía en la cuestión (sobre la extensión de la calificación del registrador a la validez de los actos dispositivos y su significado y sobre la exclusión de la calificación de los pactos personales, vid. nota 19).

y 27 de marzo y 5 y 6 de mayo de 2008 al señalar cómo «lo que sucede es que como excepción, y resultando aconsejable (3) 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 Ley Hipotecaria, 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 Ley Hipotecaria— hubieran sido calificadas favorablemente».

En el presente caso, la calificación registral impugnada se ha emitido una vez entrada en vigor la nueva norma, por lo que la Registradora debe limitarse a calificar y, en su caso, a inscribir esas cláusulas de trascendencia jurídico-real inmobiliaria relativas al importe del principal de la deuda, el de los intereses pactados, con expresión del importe máximo de responsabilidad hipotecaria (4), identificando la obligación garantizada y su duración.

(3) Se reproducen pues los *obiter dicta* de Resoluciones anteriores, de modo que la razón que se aduce para la modificación del sistema hipotecario, que significa la admisión al Registro de la Propiedad de lo que se califica de cláusulas obligacionales es que «resulta aconsejable para el tráfico jurídico por la publicidad con efectos de mera noticia que dimana del asiento registral». Por una parte resulta extraño que tal oportunidad no haya sido contemplada por la Exposición de Motivos de la Ley de reforma, y que se atribuya una particular eficacia al asiento registral sin que la Ley lo establezca. El hecho de que el Registro de la Propiedad sea público no quiere decir que la publicidad sea su eficacia. Del asiento registral no dimana ninguna eficacia, ésta dimana de la Ley que atribuye al asiento unos efectos u otros; en el presente caso al no disponer la Ley otra cosa debería pensarse que son aplicables a tales cláusulas las reglas generales del sistema, y éstas se reducen aquí a que tales cláusulas deben tener eficacia real si el legislador contempla su constancia registral, y que por consecuencia producirán los efectos propios del sistema. Por otra parte, a mi entender como se desarrolla en el trabajo, la constancia registral de pactos personales es francamente desaconsejable, en cuanto viene a enturbiar el régimen sustantivamente previsto para la transmisión de las obligaciones, regido por principios ajenos al Derecho Inmobiliario, y en consecuencia confundir a los terceros sobre el contenido de su adquisición.

(4) La Resolución hace aquí una adaptación de la propia redacción del artículo 12 LH a su particular manera de entenderlo. El texto legal no utiliza la expresión «con» —«con expresión del importe máximo de la responsabilidad hipotecaria», dice la Resolución—, sino «o» —«o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria», dice la Ley—. Lo que para la Ley es una disyuntiva, para contemplar la doble posibilidad de obligaciones de cuantía determinada o indeterminada, lo transforma la Resolución en una acumu-

En cambio, respecto de las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de la obligación garantizada por la hipoteca debe proceder no a su inscripción sino a la transcripción de las mismas en los estrictos términos que resultan del título presentado, sin que pueda practicarse calificación alguna de ellas (5). Y, precisamente porque estas cláusulas no son susceptibles de calificación, tampoco puede la Registradora apreciar si son contrarias a normas imperativas o prohibitivas.

Y es que, de nuevo, debe afirmarse que el registrador, en su condición de funcionario público (art. 274 de la Ley Hipotecaria) no sólo no participa de naturaleza jurisdiccional alguna —lo que resulta obvio—, sino que además, y por ser funcionario público, le es de aplicación una norma básica de actuación de cualquier Administración Pública, esto es, que cualquier funcionario público debe limitar su actuación a la competencia conferida.

No por evidente, debe recordársele a la funcionaria calificadora que como afirma el artículo 12 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC): «la competencia es irrenunciable y se ejercerá precisamente por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia», de modo que aquel acto que proviene de funcionario material u objetivamente incompetente es, sin más, nulo de pleno derecho, como declara el artículo 62.1.b) de la citada LRJPAC, cuando sostiene que «los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: ...b) los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia».

En el caso de la competencia material atribuida a la funcionaria calificadora, como a continuación se expondrá extensamente, la misma viene delimitada por los artículos 1.2 y 18 de la Ley Hipotecaria, de modo que cualquier acto —calificación— que extravase el ámbito de tal competencia conferida es, sin necesidad de mayor análisis, nulo de pleno derecho por dictarse por órgano manifiestamente incompetente —en nuestro supuesto, la registradora titular del Registro que califica el título—. Es más, siguiendo

lación de requisitos, porque de otro modo quedan fuera del párrafo primero, esto es, fuera de la trascendencia real, todas las obligaciones accesorias no contempladas por el mismo párrafo —que se refiere exclusivamente a *principal* e *intereses*—, de modo que carecerían de trascendencia real las cifras de demora, costas, gastos u otros conceptos contemplados en las cláusulas financieras del párrafo segundo. Más aún si se entiende, como parece lógico y hace la propia Dirección, que la expresión del párrafo primero «*identificando las obligaciones garantizadas*», se refiere a que pueden ser muchas las naturalezas de la obligación garantizada, no a la consideración de tales accesorias, o de otros deberes del deudor, como obligaciones distintas también garantizadas y necesitadas de identificación. En otros apartados de la Resolución se da por descontado que tales conceptos de responsabilidades accesorias aparecen expresados en el párrafo primero.

(5) No puedo dejar de reiterar que éstas son afirmaciones sin apoyo normativo ni lógico alguno.

la regla clásica del Derecho Administrativo —vinculación positiva del órgano administrativo a la norma que le dota de competencia— ese ámbito de actuación funcional sólo podrá verse alterado si una norma específica y de rango suficiente atribuye competencia al registrador para extender su actuación a otros ámbitos, lo que no es el caso.

Así, se ha de advertir que, tratándose del negocio jurídico denominado derecho real de hipoteca, esa delimitación de la competencia material atribuida al registrador no sólo proviene del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, sino, esencialmente del artículo 12 de la misma norma, pues en un evidente ánimo de clarificación legislativa —posteriormente, se analizará la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007— y, derivado de la competencia material atribuida genéricamente al registrador —se insiste, arts. 1.2 y 18 de la Ley Hipotecaria—, tal artículo 12 de la Ley Hipotecaria facilita al funcionario calificador la identificación de qué debe calificar y, en su caso, inscribir por tener ese carácter real y qué no debe calificar y, por tanto, sólo transcribir por carecer de ese carácter real. En suma, no sólo es que per se el registrador ha de limitar su actuación al ámbito de la competencia conferida; es que, sin más, en el supuesto del derecho real de hipoteca, esa competencia se encuentra perfectamente delimitada sin posibilidad de extensión a materia que no tenga trascendencia jurídico-real inmobiliaria.

En efecto, el ámbito de la función calificadora de los Registradores de la Propiedad está delimitado en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria; su extensión se limita sólo a los efectos de permitir o negar la inscripción del título. En este sentido, la expresión de este precepto legal relativa a la calificación de «la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas», no significa la atribución al Registrador de una potestad típicamente jurisdiccional, como es la de declarar la nulidad o validez de un negocio jurídico, lo que además exigiría un proceso contradictorio, sino tan sólo la de revisar si ese negocio jurídico es, desde la exclusiva perspectiva registral, inscribible. Por esa razón, lo que el Registrador hace cuando califica es analizar uno de los posibles efectos del título —su inscribibilidad— y, por idéntica causa, la calificación del Registrador no extravasa el estricto ámbito registral y no extiende sus consecuencias al resto de los efectos de ese título en el ámbito negocial civil o mercantil. Lo expuesto queda corroborado por la misma Ley Hipotecaria que en su artículo 66 remite a los interesados que quieran «ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los mismos títulos» a los Tribunales de Justicia, ya que sólo a estos compete la decisión, a todos los efectos, de proclamar dicha validez o nulidad.

En suma, al Registrador le está vedado extender su calificación a extremos que carezcan de trascendencia jurídico-real inmobiliaria o que, aun no careciendo de ella, la Ley no le exija expresamente que califique.

Y es que la valoración de tales extremos, por no ser inscribibles, es ajena a la responsabilidad del Registrador (6).

4. Frente al criterio de esta Dirección General expuesto en el precedente Fundamento de Derecho, pretende la Registradora valorar la validez de determinadas cláusulas de vencimiento anticipado del préstamo garantizado o la contradicción de las mismas con determinadas normas que considera imperativas; y para ello alega que tales cláusulas afectan a la duración de la hipoteca, configuran los contornos del derecho real con trascendencia erga omnes y determinan la posibilidad de ejecución de la hipoteca directamente sobre la finca hipotecada mediante el procedimiento judicial especial establecido en los artículos 681 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin posibilidad de que en tal proceso el Juez atienda a la oposición del deudor por nulidad de las mismas.

Más esta pretensión de la funcionaria calificadora no puede ser admitida.

En primer lugar, porque confunde los aspectos reales y los obligacionales del título presentado.

No es el régimen de la hipoteca como derecho real el que absorbe al del crédito, sino que, a la inversa, es el trato registral de aquélla el que ha de adecuarse a las peculiaridades inherentes a la esencia personal del crédito, lo que, asimismo, armoniza con la concreción de la fuerza sustantiva de los pronunciamientos registrales a los derechos reales inscribibles (arts. 1, 2 y 38 de la Ley Hipotecaria) (7).

(6) Sobre esta nueva perspectiva de la calificación del registrador y su paradoja, vid. nota 19. Pero en cualquier caso sigue faltando la prueba del punto de partida. Afirmación no justificada de que la Ley ha privado de trascendencia real a las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas con hipoteca. No se justifica tal declaración, y debería hacerse porque no sólo contraría, según pienso, el texto legal y su Exposición de Motivos, sino porque además contraría la voluntad de las partes. Bastaría para probar ello preguntar al acreedor hipotecario, en la presente o cualquier otra escritura de hipoteca, si quería o no quería la trascendencia real para tales cláusulas. Y si se le negara tal derecho por el legislador —porque efectivamente las quisiera excluir del contenido legal del derecho— habría de expresarse con muy fuertes y poderosas palabras y razones para justificar semejante privación de libertad. Al contrario, lo que parece lógico, a tenor del texto legal y de su encaje con el sistema, es que el legislador ha atribuido típico contenido real a las cláusulas en cuestión —de manera que clarifica el derecho de las partes a establecerlo—, de modo que en tal forma queda precisado el «contenido» del derecho real, objetivo perseguido por la Ley según su Exposición de Motivos. Cuando se presenta un documento al Registro de la Propiedad es porque el interesado entiende que su contenido, todo él, es inscribible —*ergo* tiene trascendencia real—, y no es concebible que el Registrador de la Propiedad se lo devuelva sin más que la mera afirmación verbal de que carece de trascendencia real, de modo que nada más tiene que decirle. El rechazo de tal trascendencia es un acto más de calificación, que como toda calificación ha de ser global, íntegra y no causar indefensión.

(7) Este párrafo es una copia literal tomada de la Resolución de 24 de abril de 1991, que no parece entenderse mucho. De hecho, tal Resolución no aparece expresamente citada en el Vistos. Es esta Resolución la que fundamentalmente se percató de la dificultad de

Y es que no puede estimarse que toda cláusula que afecte a la duración de la misma obligación es derecho real (cfr. arts. 98 de la Ley Hipotecaria y 7, 9, 51.7.^a y 353 del Reglamento Hipotecario). Distinto tratamiento habría de darse a la cláusula que sujete a término el mismo derecho real de hipoteca; en cambio, la norma del artículo 1129.3.º del Código Civil —que establece causas legales por las que el deudor pierde el derecho a utilizar el plazo— actúa en el ámbito obligacional, por lo que su modalización convencional —admisible con los límites establecidos en el art. 1.255 del mismo Código— no sale de dicho ámbito de los derechos personales (8).

aplicar al «crédito hipotecario» los principios registrales de inoponibilidad y fe pública, en un supuesto de adquisición de tal crédito en subasta. Quizá debiera yo haberla citado en el trabajo en apoyo de mis consideraciones, pero a mí entender no estableció la consecuencia adecuada, que no es otra que la necesidad del trato diferenciado a tales efectos del crédito, regido por los principios de las obligaciones y de la hipoteca, regida por los principios de los derechos reales. Nuevamente pesó la confusión del crédito hipotecario. Tal estudio diferenciado es el que se intenta en el trabajo. El párrafo copiado es en sí contradictorio, pues dice que a la hipoteca se le aplican (simultáneamente) las peculiaridades propias de los créditos y los pronunciamientos registrales propios de los derechos reales inscribibles. Se salva la contradicción distinguiendo claramente en la «hipoteca» lo que es el derecho real de lo que es la obligación garantizada.

(8) Aquí se mezclan confusamente la duración de la obligación, la duración del derecho real de hipoteca y el vencimiento anticipado de la obligación. Con esta confusión parece que se hace partícipe a la duración de la obligación de la naturaleza de la duración de la hipoteca. Se ha apuntado en el trabajo que esta última, en cuanto determina la vida del derecho real o dicho de otro modo, su caducidad, nada tiene que ver con la obligación. Por lo tanto no puede utilizarse la confusión para demostrar que la duración de la obligación tiene intrínseca trascendencia real, trascendencia que haría de diversa naturaleza a la correspondiente cláusula en que se establece el plazo final, que se hace equivalente a aquella *duración*, de aquellas otras en que se contemple el vencimiento anticipado. No es lo menos que se desnaturaliza nuevamente la voluntad de las partes al desconocer que su voluntad no es fijar un plazo final, sino (por lo general) un proceso de amortización periódica. Dicho de otra manera, no hay propiamente un «plazo final» sino un determinado número de plazos periódicos causalmente conectados entre sí (vencimiento anticipado). Esto es cada «cuota de la obligación» tiene su propio plazo de cumplimiento y la última tendrá el final, pero este final tiene la misma idéntica naturaleza que cualquiera de los anteriores. Además no se entiende porqué el artículo 1129.3.º del Código Civil, expresamente citado, mantiene el carácter personal de la cláusula de pago anticipado, no obstante la garantía hipotecaria, y sin embargo el plazo no anticipado, cuyo sustento está en los artículos 1.125 y siguientes de la misma sección, capítulo, título y libro muda su naturaleza a derecho real por el hecho de la garantía. Claramente se ve que la *duración* (art. 12 LH) de la obligación es la expresión del programa convenido por las partes de la forma temporal de su devolución, programa en el que la devolución anticipada total para nada se diferencia en cuanto a su naturaleza respecto de una devolución periódica parcial. Se trata siempre de la forma de devolución pactada por las partes. No hay diversas naturalezas, de modo que, siendo el vencimiento del crédito la primera de las condiciones para el posible ejercicio de la acción hipotecaria es obvio que en todo caso la forma de su determinación tiene trascendencia real. Como luego se observa, el precepto no exige que se exprese la *duración* de la obligación, sino que se *identifique la obligación cualquiera que sea su duración*; es tal identificación la que obliga a expresar todo el programa de cumplimiento previsto por las partes.

La reforma del artículo 12 de la Ley Hipotecaria introducida por Ley 41/2007, de 7 de diciembre, tiene la finalidad de «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» (Apartado VII, párrafo cuarto de la Exposición de Motivos de esta Ley) (9). Al quedar legalmente fijado el contenido específico de la inscripción del derecho de hipoteca, con los extremos señalados en el párrafo primero del mencionado artículo 12 (10) («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 (11), cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración»), son dichos extremos los que —según la valoración legal— importan a los terceros, y por ello son los pactos que afecten a tales circunstancias —en tanto que contenido propio del acto dispositivo— los que pueden ser objeto de calificación del Registrador con los límites antes expuestos. Por ello, serán objeto de inscripción los pactos que tengan por objeto directo ese derecho real de hipoteca: v.gr., estipulaciones sobre la responsabilidad hipotecaria por capital, intereses y gastos (12); tam-

(9) Esto es exactamente lo que se ha defendido en el trabajo. La pretensión del legislador es establecer el contenido del derecho real, de modo que lo que el legislador expresa en el texto es la definición del contenido, no su exclusión. Es meridiano que si el legislador hubiera querido excluir del asiento circunstancias de contenido real, o por el contrario incluir en él circunstancias carentes de tal contenido, lo hubiera hecho expresamente y la Exposición de Motivos lo hubiera resaltado. Nuevamente debe recordarse que inmediatamente antes esta misma Exposición de Motivos había pedido a los operadores jurídicos *la conformidad, en todo caso, con las disposiciones legales y reglamentarias que determinan el contenido propio de la inscripción registral, los requisitos para su extensión y sus efectos*. La tesis de la Dirección es ciertamente restrictiva del derecho de los particulares a configurar sus derechos reales, lo que en ningún caso puede entenderse que sea la pretensión del legislador. Al contrario, éste ha ensanchado el ámbito de los derechos de aquéllos reconociendo expreso carácter real a determinados contenidos de su voluntad, sobre la base de que, obviamente, pueden reducir tal contenido a lo estrictamente personal, si tal es su voluntad.

(10) ¿Dónde se halla la afirmación legal de que éste párrafo es el único contenido con trascendencia real de la hipoteca? Ya se ha estudiado en el trabajo como prácticamente todo él se refiere a la obligación garantizada. ¿De dónde se sigue que la constancia en el asiento del derecho real de hipoteca de las circunstancias de la misma obligación que la Ley establece en el párrafo segundo tienen un valor diferente?

(11) Sobre esta *identificación* no se encuentra una sola palabra en la Resolución. Ésta parece querer reducir toda la trascendencia real a una abstracta cifra de responsabilidad y una fecha final de devolución (vid. nota 17), de modo que la identificación exigida por la Ley carece en ella de contenido. Debe reiterarse además que a la Ley no le interesa la expresión registral de la *duración* de la obligación garantizada, sino la *identificación de la obligación garantizada*, identificación que debe realizarse respetando las posibles naturalezas de la misma y su duración. Identificar una obligación es expresar todo su contenido, no simplemente nombrarla.

(12) Sorprende que se haga a título de *verbi gratia* lo que en principio debería limitarse a seguir la enumeración legal. Ejemplificando se modifica nuevamente el mismo

bién las que tienen por objeto la duración del mismo derecho real (13); mientras que las que se refieran al vencimiento anticipado de la obligación serán objeto de mera transcripción (salvo que de una norma legal resulte que hayan de ser inscritos —cfr. art. 693.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— (14), por más que el incumplimiento de tales obligaciones, en cuanto determina que la obligación asegurada por la hipoteca devenga exigible inter partes (15), pueda dar lugar a la efectividad de la hipoteca por incumplimiento de esa obligación, de suerte que es la ejecución de esta garantía real la que puede afectar a terceros, del mismo modo que les afectaría cuando la hipoteca despliega su eficacia por el incumplimiento de la obligación principal de pago garantizada con aquella (16).

texto legal, que acababa precisamente de ser citado. No hay en tal texto una exigencia de constancia de la responsabilidad hipotecaria como expresión de la suma de garantía hipotecaria por los distintos conceptos de principal y accesorias, sino que la misma es simplemente la cuantía de garantía de la obligación indeterminada, que se contrapone al principal de la deuda determinada. Por eso en la Ley no aparece el concepto de «gastos» que incluye la Resolución en el párrafo primero, sino que debe hallarse en el párrafo segundo, dentro de las cláusulas financieras, obviamente con trascendencia real, salvo que se quiera excluirla sin fundamento (vid. nota 4).

(13) Nuevamente se confunde aquí la duración del derecho real con la duración de la obligación garantizada (vid. nota 8).

(14) Este artículo, es sabido, se refiere al vencimiento anticipado total de las obligaciones de amortización periódica por impago de alguno de los plazos. La Resolución resuelve el problema de la contradicción de la constancia registral de tal cláusula con su planteamiento, mediante la simple afirmación de que la Ley exige en tal caso la inscripción. Pero no nos aclara cuál sea la naturaleza de tal cláusula. Porque no parece que tal inscripción vaya a mudar la naturaleza obligacional que según la misma Resolución tal cláusula tiene. O quizá sí, quizá participe la Resolución (como veremos después, notas 15 y 16) de la idea de que es la inscripción la que atribuye una trascendencia real de la que el derecho antes carece. Aunque en el fondo, como se verá, a la Resolución poco importa la naturaleza personal o real de las cláusulas de la escritura, salvo para impedir al Registrador de la Propiedad la calificación de las primeras, puesto que, en su planteamiento, a la postre, por vía directa o por vía de afección de la hipoteca, el resultado para el tercero es el mismo.

(15) Aquí nuevamente parece hacerse una distinción difícil de seguir. La de que las «obligaciones» pueden tener exigibilidad *inter partes* y exigibilidad «respecto de terceros». Acaso a esta última exigibilidad llame trascendencia real, pero como se ha estudiado detalladamente en el trabajo, en ningún caso la obligación alcanza esa trascendencia de por sí. El tercero no se ve afectado por la obligación que no asume voluntariamente, se ve afectado por la hipoteca.

(16) La tesis de la Resolución, parece ser, es que cuando se impaga una cuota —incumplimiento de la obligación principal de pago— la obligación tiene trascendencia real si se reclama el pago de la misma, pero no si se reclama el pago de toda la obligación (vencimiento anticipado). Pero añade que, en todo caso, las consecuencias para el tercero son las mismas, bien por vía de trascendencia real de la obligación, bien por vía de afección por la garantía. Honradamente no lo puedo entender. Exactamente de la misma manera ocurre en un caso y en otro porque exactamente es la misma afección a tercero de la garantía hipotecaria. Y es exactamente lo mismo además porque es exactamente la misma la obligación de devolver, cualquiera que sea el momento en que el deudor

En definitiva, la protección de los terceros queda asegurada por aquellos preceptos —entre otras normas— que exigen que conste registralmente la cuantía que les es oponible, bien de la obligación garantizada —identificada también por su duración máxima—, si su importe está ya determinado, o, en otro caso, su máximo (cfr. arts. 12 —del que resulta que se da distinto tratamiento a la duración de la obligación como elemento de identificación de la misma y a las causas de vencimiento anticipado—; 114, 146, 153 y 153 bis de la Ley Hipotecaria; 219 y 220 del Reglamento Hipotecario).

Así, cabe concluir que la responsabilidad máxima hipotecaria, con identificación, en su caso, de la duración máxima de la obligación garantizada, determina el riesgo máximo que soporta el tercer poseedor y el hipotecante no deudor (cfr. la Resolución de 2 de enero de 1996) (17).

Por otra parte, tampoco pueden ser atendidas las objeciones que la Registradora opone respecto del desenvolvimiento de la ejecución judicial de la hipoteca, pues se trata de una cuestión que, en todo caso, excede del ámbito de sus competencias. En efecto, tanto el despacho de la ejecución, sobre la base del título de crédito que reúna los requisitos legalmente exigidos y el respectivo asiento registral, conforme a los artículos 685.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 130 de la Ley Hipotecaria, como la valoración de las causas de oposición a la ejecución y de las garantías legales con que cuenta el interesado para defenderse contra una ejecución injustificada (cfr., entre otros, los arts. 695, 698, 538.4, 551 y 559 de la Ley de

deba hacerlo con arreglo al programa de cumplimiento acordado por las partes, sin que en ningún caso aquella obligación adquiere la trascendencia real propia de los derechos reales, ni respecto de la totalidad, ni respecto de ninguna de sus partes.

(17) La Resolución sigue confundiendo aquí los términos legales. El párrafo primero del artículo 12 LH no se refiere a la «responsabilidad máxima hipotecaria». De hecho ni siquiera contempla cuantías que la deben integrar (costas y gastos, incluso la demora). Tampoco pide la identificación —¿en su caso?— de la duración máxima de la obligación garantizada. Lo que pide es la identificación de la obligación, uno de cuyos elementos es la duración, y en las hipotecas de amortización cada cuota tiene su propio plazo de duración. En realidad, la conclusión de la Resolución supone la alteración de la voluntad de las partes transformando, en la inscripción de la hipoteca, su negocio cierto y determinado en un negocio incierto e indeterminado, de puros riesgos máximos. Por descontento que hay supuestos de indeterminación como el de la hipoteca de máximo del artículo 153.bis LH introducido por la misma Ley de Reforma 41/2007, pero de ahí no se puede seguir una voluntad legal de transformación del sistema registral excluyendo la «determinación» de los derechos como elemento clave del mismo. Una cosa es que el negocio jurídico realizado tenga un objeto «indeterminado» —en la medida en que la norma lo permita—, y otra muy distinta es que el «objeto determinado» por las partes, se transforme en indeterminado (¿sin o en contra de su voluntad por dicción de la Ley?) en la inscripción. No resuelve el problema, sino que lo agrava, la conversión de lo que debería ser contenido determinado del derecho real en publicidad noticia de un contenido obligatorio (eso, cuando no proceda la exclusión total tratándose de acreedores no partícipes del Mercado Hipotecario). No corresponderá a la Dirección minimizar los daños causados por su entendimiento del sistema.

Enjuiciamiento Civil) son cuestiones reservadas a los órganos jurisdiccionales competentes.

5. *Las consideraciones que anteceden hacen innecesario el análisis de las diversas cláusulas de vencimiento anticipado del préstamo cuestionadas por la Registradora. No obstante, puede afirmarse, a mayor abundamiento, que todas deben ser interpretadas en su conjunto y en el sentido más adecuado para que produzca efecto conforme a la ley (cfr. arts. 1.281, 1.283, 1.284, 1.285 y 1.286 del Código Civil), según sostiene el recurrente. Y, por otra parte, aun cuando hipotéticamente pudieran ser valoradas esas concretas cláusulas por la Registradora (lo que, según ha quedado expuesto, le está vedado según la normativa vigente), en ningún caso la ineficacia de las mismas podría afectar a la validez del acto dispositivo en sí mismo, es decir, al derecho real de hipoteca cuya inscripción tiene un contenido específico legalmente determinado (18).*

6. *Por lo que se refiere a las objeciones que respecto de otras cláusulas expresa la Registradora en el apartado II de los Fundamentos de Derecho de su calificación, en primer lugar rechaza la constancia registral del pacto según el cual «para el caso de que la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid llegue a adquirir la propiedad de la finca hipotecada, las partes contratantes convienen en que la entidad acreedora tendrá la facultad de descontar del remate o adjudicación, el importe del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos o plusvalía y gastos e impuestos inherentes a la cancelación de la afección registral correspondiente, así como los de la carga que en este escritura se establece».*

La Registradora alega como base de su rechazo el hecho de «no ser susceptibles de convenio previo las normas procesales establecidas para la ejecución en las que no se prevé tal descuento, concretamente los artícu-

(18) Este párrafo no se entiende bien, pues habla de invalidez de las cláusulas y luego de ineficacia. Queda la duda de a quién haya correspondido tal declaración de ineficacia. Pero queda la sensación de que la Dirección quiere culminar así su transformación del concepto de hipoteca, concepto para el que sobra el principio de accesoriedad. La hipoteca es una cosa incierta de riesgos máximos, por razón de unas cifras abstractas máximas y un posible plazo máximo, con los que el tercero debe contar con independencia de la obligación que las sustente, respecto de cuyo contenido siempre es ajeno —salvo que se trate de la «obligación principal de devolver» (?)—, y por lo tanto idénticamente ajeno a su ineficacia, que no afecta a la hipoteca (?), porque a sus efectos la hipoteca se reduce a aquellos riesgos máximos, de modo que siempre se verá afectado por ésta. Sin embargo, como se desarrolla en el trabajo, la «abstracción procesal ejecutiva» es un logro derivado de la perfecta determinación registral de las obligaciones garantizadas (exigencia derivada del sistema inmobiliario y del propio principio de accesoriedad), lo que no impide que el tercero pueda alegar, en el momento procesal oportuno, todas las circunstancias inherentes a la deuda, como si del mismo deudor se tratara (consecuencia de tal exigencia previa). Por eso la LEC atribuye en los procesos de ejecución al tercer poseedor los mismos derechos que al deudor (arts. 662 y 689).

los 654 y 672 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedando excluidas del juego de la autonomía de la voluntad».

Se trata éste de un pacto obligacional, que no es de vencimiento anticipado del préstamo ni financiero. No es uno de los conceptos (como los relativos a intereses ordinarios, de demora así como costas y gastos) que por convenio entre las partes se incluyen entre las obligaciones que son el objeto propio de la garantía constituida y que han sido asegurados con una hipoteca del tipo de las denominadas de seguridad. Por ello, no sólo es que la Registradora carezca de competencia para calificar el pacto ahora cuestionado, sino que ni siquiera debe transcribirlo conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 12 de la Ley Hipotecaria, según ha quedado expuesto en los anteriores Fundamentos de Derecho de la presente Resolución (19).

(19) La ejemplificación de supuestos siempre tiene la virtud de poner en su sitio a los planteamientos teóricos. No voy a entrar en la inscribibilidad de tal pacto, pues no es el objeto de estas líneas —aunque el lector con memoria del trabajo habrá podido comprobar que no figura incluido entre los pactos afectantes al derecho real modalizadores del proceso de ejecución hipotecaria—, pero su cita expresa por la Resolución se presta a algún comentario. Dos son las cosas que a mí se me aparecen claras: Primera. El pacto en cuestión no es una cláusula integrante de la obligación garantizada; en ninguna manera afecta al contenido de ésta o a su determinación o es un pacto accesorio de la misma. Es por el contrario un pacto que afecta directamente a la hipoteca en cuanto predetermina el contenido del ámbito de ejecución. La finca hipotecada no cubre tan sólo la obligación garantizada, sino también determinadas obligaciones, en principio a cargo del mismo deudor, que surgirán como consecuencia de su transmisión en el proceso de ejecución de la hipoteca constituida. Y las cubre de tal manera que el acreedor, que es de suponer «asume» su pago, se reserva el derecho a «descontar» su importe del precio del remate. Es una cuestión, a mi modo de ver, estrictamente hipotecaria. Pero en todo caso, aunque no se entienda así, creo que sí se puede entender perfectamente que es clara, cuando no sea además explícita, la pretensión de las partes —más del acreedor seguramente— de atribuirle trascendencia real, esto es, de que tal cláusula forme parte del contenido (atípico, si se quiere) del derecho real típico de hipoteca constituido. De modo que, como se desarrolla por extenso en el trabajo, corresponde al Registrador de la Propiedad el reconocer o no la trascendencia real —*ergo* inscribibilidad— querida, y tal reconocimiento pasa por apreciar, en todo caso, si cumple con los requisitos estructurales de la eficacia *erga omnes* —habida cuenta de que no siendo una cláusula de vencimiento anticipado ni una cláusula financiera (art. 12 LH), ni estar contemplada expresamente por otra norma, carece de tipicidad legal—, si respeta las exigencias para tales derechos establecidas —no vinculación de bienes y determinación sustancialmente— y si se atiene a los límites negociales impuestos a la autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC). Ello, insisto nuevamente, a los solos efectos de reconocer la trascendencia real querida por las partes, sin que su actuación signifique, de ningún modo, un juicio sobre la validez *inter partes* del negocio realizado. Segunda. En todo caso, salvo expresa manifestación en contrario, parece obvio que debe entenderse que el acreedor reclama la inscripción de tal pacto como integrante del derecho real de hipoteca constituido a su favor. De modo que, como mínimo, parece que debería hacérsele saber que no consta inscrito ni publicado en el Registro. Porque la paradoja de la Resolución es que, en su pretensión de reducir al mínimo las facultades de calificación del registrador, parece haberle creado un ámbito de decisión tan sagrado que ni siquiera tiene que rendir cuentas de él, como es la previa apreciación de su incom-

La misma consideración merecen no sólo las objeciones que expresa la Registradora respecto del pacto sobre expedición de copias de la escritura calificada (que, como ha reiterado este Centro Directivo, carece de trascendencia real —cfr., por todas, las Resoluciones de 2 y 3 de septiembre de 2005—), sino las relativas a los extremos referidos en el apartado III de los Fundamentos de Derecho de la calificación. Con independencia de que, como apunta el recurrente, tales pactos pudieran ser interpretados secundum legem, lo cierto es que por su trascendencia meramente obligacional y su naturaleza ajena a las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras no deberán transcribirse en el correspondiente asiento ni podrán ser incluidos en la calificación o nota de despacho de la Registradora (cfr. las Resoluciones de 7 de febrero, 10 de marzo y 6 de mayo de 2008).

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación de la Registradora en los términos que resultan de los precedentes Fundamentos de Derecho.

Contra esta Resolución, los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 24 de julio de 2008.—La Directora General de los Registros y del Notariado, Pilar Blanco-Morales Limones.

RESUMEN

HIPOTECA

El artículo 12 de la Ley Hipotecaria ha sido reformado por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre. Su interpretación ha generado lecturas muy diversas. En este trabajo se defiende que el entendimiento de la nueva redacción debe hacerse desde el entendimiento de la propia Ley de reforma, la cual ha pretendido la homogeneización en la forma de inscripción

ABSTRACT

MORTGAGE

Article 12 of the Mortgage Act was reformed by Act 41/2007 of 7 December. Its interpretation has led to some very different readings. This paper defends the thesis that the new wording can only be understood by understanding the Reform Act itself, which sought to standardise the form in which mortgage registration entries are made, but never to modify the

potencia a manifestarse sobre pactos personales. El carácter personal de un pacto o, dicho de otra manera, la ausencia de trascendencia real, ha dejado de ser esa actividad tan cualificada y destacada por la historia de las RRDGRN como labor fundamental de calificación del Registrador de la Propiedad en un sistema de atipicidad en la constitución de los derechos reales, y ha quedado convertido en una evidencia previa, evidente para el registrador y evidente para las partes, de modo que a éstas nada hay que decirles y nada podrán manifestar en contra de la evidencia.

de las hipotecas, pero en ningún caso la modificación del sistema hipotecario, ni la alteración del objeto del Registro de la Propiedad, por lo que, en todo caso, sólo son objeto de inscripción los derechos reales, no las obligaciones ni los pactos personales. Como consecuencia de tal planteamiento, el artículo 12 LH define ahora el contenido típico del derecho real de hipoteca en cuanto a su objeto, que es la obligación garantizada. Este contenido lo forman las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras, y su determinación pertenece a las partes negociales, a quienes corresponde, por lo tanto, la atribución para ellas de trascendencia real, por su influencia directa en el derecho real de garantía, necesaria para la inscripción, sin perjuicio de la calificación registral que la Ley de reforma no ha querido modificar. De esta manera, resulta clarificada ahora la eficacia del asiento registral de hipoteca en cuanto al derecho real de garantía y en cuanto a la obligación garantizada. Tal eficacia se estudia en cuanto a cuatro aspectos: constitutividad, fe pública, inoponibilidad y ejecutividad. Y se concluye en la eficacia natural del sistema registral en cuanto a su objeto, la hipoteca, en los mismos términos —constitutividad aparte— que respecto de cualquier otro derecho real. La eficacia registral se extiende por lo tanto a la obligación garantizada única y exclusivamente en la medida en que tal obligación es objeto del derecho real de garantía, pero en ningún caso la protege en cuanto tal obligación, pues como obligación su naturaleza y su régimen transmissivo se rigen por los principios generales del Derecho de obligaciones del Código Civil, sin verse alterados por el Derecho Inmobiliario, pues las obligaciones no constituyen el objeto de éste.

mortgage system or alter the object of property registration; only real rights are ever registered, not obligations or personal accords. As a consequence of that approach, article 12 of the Mortgage Act now defines the standard contents of the real right of mortgage in terms of the object of the right, which is the secured obligation. These contents are the clauses on early maturity and other financial clauses. The decision on what those contents are going to be belongs to the parties to the act, whose right it therefore is to assign real importance to those contents, due to their direct influence on the security right over real property, which is necessary for entry in the registry, without prejudice of the registrar's examination (which the Reform Act refrained from modifying). Thus the efficacy of the entry of mortgages with respect to the security right over real property and with respect to the secured obligation is clarified. Said efficacy is studied in terms of four aspects: constitutive nature, attestation, non-opposability and enforceability. And it is concluded in the natural efficacy of the registration system in terms of its object, the mortgage, in the same terms (save constitutive nature) as for any other real right. Registration efficacy therefore extends to the secured obligation solely and exclusively inasmuch as that obligation is the object of a security right over real property. However, in no case does registration efficacy protect the obligation as such; the nature and transferring of obligations are governed by the general principles of the law on obligations in the Civil Code and are not altered by real estate law, for obligations are not the object of real estate law.

(Artículo recibido el 16-09-08 y aceptado para su publicación el 14-11-08)