

1.3. Derechos reales

LA INSCRIPCIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO TRAS LA LEY 41/2007, DE 7 DE DICIEMBRE, SOBRE MODERNIZACIÓN DEL MERCADO HIPOTECARIO

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Doctora en Derecho

Profesora de Derecho Civil. Universidad Antonio de Nebrija

I. INTRODUCCIÓN

La escritura que contiene el contrato de hipoteca, que se presenta a inscripción en el Registro de la Propiedad, contiene una pluralidad de pactos o cláusulas, algunas de trascendencia real, pero otras de mera eficacia personal, lo que obliga al Registrador a examinar detenidamente cuáles de todas ellas deben inscribirse en el Registro de la Propiedad.

Sobre la posibilidad de inscripción de las cláusulas de la hipoteca han existido criterios divergentes y a veces contradictorios entre los propios registradores, lo que ha obligado a la Dirección General a ir resolviendo, en casos concretos, sobre la inscribibilidad o no de cada pacto. Esto ha supuesto una elaboración, casi artesanal, de un elenco de cláusulas de la hipoteca que se pueden y deben inscribir, y cuáles no deben expresarse en el asiento correspondiente.

Muchas han sido, por tanto, las Resoluciones que han ido fijando los criterios y las aportaciones que ha hecho la doctrina sobre estos extremos, lo que ha generado una pluralidad de listados de criterios sobre la inscribibilidad de las cláusulas de hipoteca, a los que había que acudir para resolver sobre la inscripción o no de un determinado pacto. Creemos que era necesario unificar estos criterios, pues lo contrario podía introducir inseguridad jurídica en el sentido de que una determinada cláusula podía inscribirse a juicio de un registrador, y sin embargo no se inscribiera a juicio de otro.

La entrada en vigor de la Ley 41/2007, de Reforma de Mercado Hipotecario, con la nueva redacción del artículo 12 LH, pone a fin a estas incertidumbres, y deja claro cuáles son los criterios que, a partir de ahora, se han de seguir en la inscripción de las cláusulas de la hipoteca.

Vamos a tratar de analizar en estas líneas, a la luz de la doctrina del Alto Centro Directivo, cuáles son los criterios definitivos de dicha inscripción.

II. INSCRIPCIÓN DE CLÁUSULAS DE LA HIPOTECA ANTES DE LA LEY 41/2007

Como ya hemos dicho, antes de la Ley 41/2007, se han establecido los criterios de inscripción de las cláusulas de hipoteca a partir de los casos concretos. Pero podemos resumir todos ellos, de forma general, y siempre según mi opinión (1), en los siguientes:

(1) Véase, sobre el elenco de cláusulas no inscribibles del préstamo hipotecario, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *Las cláusulas no inscribibles en el contrato de préstamo hipotecario*, CER, Madrid, 2006.

No deberán inscribirse los siguientes pactos o cláusulas de la hipoteca:

1. Pactos o cláusulas nulas. Nos referimos a aquellas cláusulas que son nulas *per se*, de pleno derecho, y deben quedar fuera del Registro, pues el artículo 18 LH afirma que la calificación registral debe alcanzar a la validez de los actos inscribibles. Entre ellas las que contradicen normas imperativas o cláusulas abusivas.
2. Pactos o cláusulas irrelevantes. Son aquellas cláusulas cuya inscripción no es necesaria, pues repiten literalmente la Ley. Por eso son innecesarias, ya que lo que disponen es exactamente lo mismo que exige la Ley.
3. Prohibiciones de disponer. Según los artículos 26 y 27 LH, sólo podrán inscribirse las prohibiciones de disponer impuestas en un acto de carácter gratuito, luego deberán rechazarse todas aquellas establecidas en el contrato de hipoteca.
4. Pactos de eficacia obligacional o personal. En virtud de los artículos 9 RH y 51.6 RH deberán rechazarse todas aquellas estipulaciones de carácter personal y que sólo deban producir efectos *inter partes*, y por tanto no deban ser oponibles frente a terceros.
5. Cláusulas contrarias al principio de especialidad. Todos aquellos pactos que no describan suficientemente alguno de los elementos de la situación jurídica inscribible deben rechazarse por contradecir el principio de especialidad.

Por último, merecen una mención especial las cláusulas de vencimiento anticipado. Estas cláusulas han sido generalmente las que más «quebraderos de cabeza» han ocasionado en cuanto a su inscripción en el Registro, debido a que las mismas provocan la realización adelantada de la propia garantía, ocasionándose muchas discusiones acerca de la posibilidad de su inscripción, y la consecuente necesidad de examinar, caso por caso, la misma.

III. LA INSCRIPCIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE LA HIPOTECA TRAS LA LEY 41/2007

La Ley 41/2007 ha dado una nueva redacción al artículo 12 LH, determinando exactamente qué es lo que debe inscribirse en el asiento de hipoteca. Su tenor literal dice lo siguiente:

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

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

Este nuevo artículo describe qué debe recogerse en el asiento de inscripción de hipoteca, señalando que es necesario que se exprese tanto el importe

de la obligación garantizada como el de los intereses, al igual que decía el anterior artículo 12 LH, y añade la necesidad de que se exprese la responsabilidad hipotecaria y que se identifiquen las obligaciones garantizadas y su duración, novedad que, de hecho, en la práctica, ya se venía exigiendo por la Dirección General.

La verdadera novedad la supone el párrafo segundo del artículo 12 LH, que ordena la inscripción de todas las cláusulas financieras, tal cual se encuentren en la escritura de formalización, a diferencia de antes, que había que ir analizando cuáles debían inscribirse y cuáles no, pues todas las que carecieran de eficacia real, o contrariasen alguno de los criterios antes dichos, no debían acceder.

A raíz de la publicación de esta Ley, nos planteamos, de nuevo, cuáles son entonces las cláusulas o pactos de la hipoteca que deben acceder al Registro. Pero, ¿deben inscribirse todas las cláusulas financieras? ¿También las que carezcan de eficacia real? ¿Cómo deben inscribirse? ¿Qué efectos produce su inscripción?

Vamos a tratar de responder a estas preguntas y establecer los nuevos criterios generales de inscripción de cláusulas de hipoteca, basándonos en las últimas resoluciones del Centro Directivo.

1. CRITERIOS PARA LA INSCRIPCIÓN

a) *La trascendencia real*

El primer criterio que ha de tenerse en cuenta a la hora de inscribir o no determinadas cláusulas, es su eficacia real o personal. Como consecuencia lógica de los artículos 9 RH, 98 LH, deben quedar fuera del Registro todos aquellos pactos que carezcan de eficacia o trascendencia real, es decir, los pactos de carácter obligacional o personal. Este criterio es consecuencia normal del propio objeto del Registro que, en principio, sólo debe publicar los derechos o situaciones jurídicas que deban ser oponibles, y eso es propio de los derechos reales, tal y como confirman los artículos 1 y 2 LH y 4 y siguientes del RH. De esta forma, la calificación del registrador se extiende claramente a estas cláusulas reales, pues deben ser objeto de inscripción.

Este ha sido el criterio general y primero que siempre ha tenido en cuenta el registrador en su calificación, pues como afirma la RDGRN de 19 de abril de 2006, «la calificación que debe efectuar [el registrador], como núcleo de su función pública, tiene una premisa previa y es que la misma se extiende a aquellos pactos que tienen trascendencia jurídico-real inmobiliaria, ya que son los únicos que deben acceder al Registro de la Propiedad; de ese modo, calificación, como actuación jurídica que, primero ha de depurar lo que tiene tal trascendencia y lo que no y, segundo, como control de legalidad para determinar si lo inscribible puede acceder al Registro, constituyen el marco y límites a que debe sujetarse la actuación del funcionario calificador». De igual forma, la RDGRN de 15 de marzo de 2007, recogiendo lo establecido en esta resolución citada, y ante la inscripción de unas determinadas cláusulas financieras de una hipoteca, confirma esta idea señalando que «por imperativo del artículo 18 LH, el registrador sólo podía 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 financiero y quedan vedadas a su calificación». Por lo tanto, y como primer criterio a tener en cuenta, el Registrador deberá rechazar los pactos que no tengan trascendencia real, pues como bien dice esta misma resolución, «siendo el objeto de inscripción el derecho real de hipoteca, aquél debe limitarse a lo imprescindible para dar a conocer la extensión del derecho inscrito».

Si seguimos estrictamente lo que se acaba de exponer, sólo deberían inscribirse las cláusulas del contrato de hipoteca que definan el derecho real o tengan por sí mismas trascendencia real, es decir: las relativas a la responsabilidad hipotecaria, extensión objetiva de la hipoteca, pactos sobre el rango, y aquellas relativas a la identificación de la obligación garantizada en cuanto que la hipoteca no puede separarse de aquélla, además de las cláusulas —financieras— que determinen el importe del principal de la deuda, de los intereses pactados y la duración de la misma.

La Exposición de Motivos de la Ley 41/2007, de Reforma del Mercado Hipotecario, subraya esta idea al afirmar, cuando justifica la nueva redacción del artículo 12 LH que: «a tal fin se establece que en la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualesquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración», de donde «las demás cláusulas financieras, tales como las relativas al vencimiento anticipado, garantizadas por hipoteca, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización, pero ello siempre que se haya obtenido la calificación registral favorable de las cláusulas de contenido real». Es decir, la Exposición de Motivos de la propia Ley sigue como primer criterio para la calificación, la trascendencia real o no de las cláusulas de la hipoteca, incluso, parece que da a entender que esto afecta a las cláusulas financieras, de forma que sólo podrán inscribirse aquéllas de trascendencia real (2), quedando fuera aquellas financieras que no tengan tal carácter.

Sin embargo, y como recoge, entre otras varias, la RDGRN de 15 de marzo de 2008, «como excepción y, resultando aconsejable para el tráfico jurídico por la publicidad con efectos de mera noticia que dimana del asiento registral, respecto de las cláusulas que carecen de dicho contenido real, la Ley 41/2007 en la modificación del artículo 12 de la LH ha incluido un párrafo segundo que permite que, respecto de las hipotecas constituidas a favor de las entidades financieras a que se refiere la Ley 2/1981, de 25 de marzo, además puedan hacerse constar en el Registro las cláusulas financieras, incluidas las de vencimiento anticipado, aun cuando carezcan de trascendencia real inmobiliaria y queden extramuros de la calificación». Luego, aunque el primer criterio para la calificación y consecuente inscripción deba ser la trascendencia real, como excepción, y para favorecer las demandas sociales y unificar los criterios de calificación, evitando calificaciones discordantes, la Ley 41/2007 matiza sus propias palabras de la Exposición de Motivos, abogando por la inscripción de todas las cláusulas financieras, tengan o no trascendencia real. Se modifica parcialmente el primer criterio establecido en aras de la seguridad del tráfico.

(2) Tienen trascendencia real las cláusulas financieras relativas a la determinación de la obligación garantizada, su importe, plazo, intereses, forma de amortización, etc., por cuanto configuran el derecho inscribible, por lo que hemos explicado.

2. *Cláusulas financieras*

Acabamos de decir que las cláusulas financieras deben inscribirse siempre, aunque carezcan de eficacia real, matizando de esta forma el criterio general de calificación e inscripción, que se altera ligeramente, pero siempre, claro está, que los pactos de trascendencia real inmobiliaria hayan sido calificados favorablemente. Como afirma la DGRN (3), de esta forma se hace compatible el principio de legalidad y la seguridad jurídica requerida para la contratación en masa típica en las hipotecas a favor de entidades financieras.

No obstante, podemos introducir, de nuevo, matices a esta afirmación, pues no deberán inscribirse aquellas cláusulas financieras que:

- a) sean contrarias a una norma imperativa o
- b) que hayan sido declaradas nulas por abusivas, por los Tribunales, e inscritas como tales en el Registro de Condiciones Generales.

Estos criterios son la aplicación concreta a este supuesto de los generales que ya existían y ya habían sido previamente confirmados por la DGRN con respecto a cualquier tipo de cláusula. En este sentido, la DGRN ha insistido en que no pueden inscribirse pactos que contraríen normas imperativas, por ejemplo, en la RDRGN de 10 de abril de 2000, cuando se pretendía inscribir el pacto de sumisión a un Tribunal distinto del lugar donde radique el inmueble, o los pactos que establezcan un número distinto de subastas en la ejecución hipotecaria, o que contradigan la normativa del Banco de España o del Ministerio de Economía. En cuanto a la no inscripción de cláusulas declaradas nulas por abusivas, la RDGRN de 19 de abril de 2006, confirma esta idea al decir que: «el Registrador no puede erigirse en una suerte de Juez que declare la nulidad de determinadas cláusulas por contravenir dicha normativa sin que previamente exista la pertinente declaración judicial de tal nulidad...». Por lo tanto, el Registrador sólo podrá rechazar esas cláusulas previamente declaradas nulas que estén inscritas como tales en el Registro, pero no las que no cumplan estos requisitos, aunque a su juicio fueran nulas.

Se restringe, de este modo, al mínimo, la posibilidad de rechazar la inscripción de las cláusulas financieras, que, por regla general, hemos de concluir que deben inscribirse siempre. En este sentido, todas las cláusulas de vencimiento anticipado deberán reproducirse en todo caso en el asiento, salvo que contravengan los dos criterios señalados.

Se nos plantea, entonces, que esta situación puede originar alguna contradicción, pues como deben inscribirse todos los pactos financieros, puede «colarse» alguna cláusula que a lo mejor no debería estar. Por ejemplo, la cláusula de vencimiento anticipado por insolvencia del deudor no contradice ninguna ley imperativa, y aunque el TS la ha declarado nula, no está inscrita como tal en el Registro de Condiciones Generales. ¿Deberá inscribirse a pesar de ser nula? Parece que sí, según lo que acabamos de explicar, puesto que es una cláusula financiera y no está dentro de las excepciones. En este caso corresponderá al deudor oponer como excepción la no viabilidad de la ejecución, si ésta se llevara a cabo; en definitiva, el Juez será quien deba apreciar o no, la posibilidad del vencimiento anticipado, produciéndose, entonces, cierta judicialización en la decisión de la viabilidad de estas cláusulas.

(3) Véase, en este sentido, las RRDGRN de 19 de abril de 2006 y 15 de marzo de 2008.

Como conclusión: deberán inscribirse en el asiento de hipoteca las cláusulas de trascendencia real y todas las financieras. Todas las demás cláusulas o pactos que contenga la escritura pública deben quedar fuera del Registro, por no necesitar publicidad registral.

2. FORMA DE INSCRIPCIÓN Y EFICACIA DE LA MISMA

Debemos puntualizar, no obstante, que si bien las cláusulas de trascendencia real deben ser calificadas e inscritas (si la calificación fuera favorable) en el asiento, formando parte del mismo y gozando de la publicidad registral, no ocurre lo mismo con respecto a las cláusulas financieras.

Estas cláusulas deben reproducirse en el asiento de inscripción de hipoteca, tal cual se encuentren redactadas en el título —escritura— que las recoja. Se dudó si debían recogerse mediante una nota marginal, pero se ha acordado que deben aparecer en el propio asiento de inscripción y de forma literal, ya que el registrador debe limitarse a transcribirlas. Así se desprende de las siguientes Resoluciones: RDGRN de 15 de marzo de 2008: «respecto de estas cláusulas financieras el registrador debe limitar su actuación a hacerlas constar en el asiento, esto es, a transcribir sin más las mismas, siempre que las de trascendencia jurídico-real inmobiliaria —las enumeradas en el párrafo primero del art. 12 de la LH— hubieran sido calificadas favorablemente»; o como corrobora la RDGRN de 6 de marzo de 2008, diciendo que las cláusulas financieras «no son objeto de calificación, sino de mera transcripción en los términos pactados y que resulten del título» (4).

Una vez que aparecen recogidas en el asiento de inscripción, debemos plantearnos cuál es su eficacia; es decir, si esas cláusulas inscritas gozan de los efectos de la fe pública registral, o no. Tal y como ha señalado el Centro Directivo, estas cláusulas transcritas, que no tienen trascendencia real, sólo gozan de una publicidad con efectos de mera noticia. Es decir, no gozan de publicidad registral, y por lo tanto carecen de oponibilidad, limitándose a tener una eficacia personal *inter partes*, como mera noticia.

Es necesario que se inscriban, tal y como recoge la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007, pues la posibilidad de su conocimiento a través del asiento registral con publicidad con efectos de mera noticia, es aconsejable para el tráfico jurídico, pero no pueden predicarse otros efectos de su inscripción en el asiento de hipoteca. Esta eficacia de publicidad-noticia ha sido confirmada por la DGRN en una pluralidad de Resoluciones, por ejemplo: RRDGRN de 21 de diciembre de 2007, 14 de enero de 2008, 1, 8 y 28 de febrero de 2008, 10, 14, 15 y 19 de marzo de 2008.

Podríamos concluir que nos encontramos ante una situación jurídica inscribible nueva, pero que no goza de oponibilidad; estos pactos no son oponibles frente a terceros a pesar de estar inscritos en el Registro, y por tanto, no cabría alegar mala fe de un tercero hipotecario, por el hecho de estar recogidos en el asiento registral. Su eficacia es, en definitiva, la misma que tendrían en la escritura, sólo que el Registro le otorga una mayor posibilidad de conocimiento, de difusión a todos los que necesitaran conocerlo.

(4) Repiten estas afirmaciones las RRDGRN de 21 de diciembre de 2007, 14 de enero de 2008, 1, 8 y 28 de febrero de 2008, 10, 14 de marzo de 2008.

RESUMEN

CLÁUSULAS PRÉSTAMO HIPOTECARIO

La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, sobre Modernización del Mercado Hipotecario, ha modificado el artículo 12 LH, clarificando, por fin, qué cláusulas de la hipoteca deben inscribirse en el Registro. En este trabajo se hace un repaso a los criterios existentes hasta entonces y a las novedades que ha supuesto este artículo, tal y como lo han interpretado las últimas Resoluciones de la DGRN.

ABSTRACT

MORTGAGE LOAN CLAUSES

Act 41/2007 of 7 December on the modernisation of the mortgage market amended article 12 of the Mortgage Act, clarifying at last which clauses of a mortgage must be registered. This paper reviews the criteria existing hitherto and the new features ensuing from the amendment of article 12, as interpreted by the latest decisions of the Directorate-General of Registries and Notarial Affairs.

1.4. Sucesiones

LA LEGÍTIMA. LOS CONCEPTOS DE COMPUTACIÓN, ATRIBUCIÓN, IMPUTACIÓN Y COLACIÓN. LA ACCIÓN DE SUPLEMENTO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

por

TERESA SAN SEGUNDO MANUEL
Profesora Titular de Derecho Civil. UNED

Dentro de la sucesión hereditaria, hay sistemas, como el nuestro, en los que la ley reserva una porción de bienes, las legítimas, para determinados herederos que, precisamente por esto, reciben el nombre de herederos forzosos (art. 806 del Código Civil). Suponen un límite a la libertad de testar.

Se queja el Tribunal Supremo en la reciente sentencia de 29/2008, de 24 de enero, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de que al tratar de las legítimas, con frecuencia se confunden conceptos como el cómputo de la legítima, la atribución del pago de la misma, la imputación y la colación, conceptos que deben estar perfectamente claros. Esta observación del Supremo nos ha llevado a considerar que sería apropiado ofrecer en esta sección dedicada al análisis crítico de la Jurisprudencia en materia de sucesiones las definiciones que ha dado el alto Tribunal en diversas sentencias de estos conceptos para contribuir a la evitación de dichos errores.

1. CÓMPUTO DE LA LEGÍTIMA

Es la fijación cuantitativa de la legítima, que se hace calculando la cuota correspondiente al patrimonio hereditario del causante, que se determina