

Calificación Registral de los préstamos hipotecarios

(Bases para la fijación de un criterio unitario)

I. PRINCIPIOS GENERALES: NATURALEZA JURIDICA DE LA GARANTIA

a) El préstamo hipotecario no es un negocio jurídico unitario ni un derecho real típico, sino la yuxtaposición de dos figuras jurídicas de diversa naturaleza, con identidad propia y propia autonomía, plenamente delimitadas por la doctrina y por la jurisprudencia. Dicha yuxtaposición no da lugar siquiera a un nuevo negocio jurídico de naturaleza mixta; dicha yuxtaposición más bien, da pie a cada uno de esos dos derechos autónomos —el contrato de préstamo mutuo y el derecho real de hipoteca— desarrollen su plena eficacia jurídica dentro del ámbito que le es propio. Se trata, pues, de un derecho personal o de crédito garantizado con el derecho real de hipoteca y, en consecuencia, desde el punto de vista del Derecho Registral Inmobiliario, ello da lugar a la inscripción de la garantía, conforme al artículo 9 del Reglamento Hipotecario. El préstamo en sí mismo no es inscribible (arts. 98 LH y 7, 9, 51, 7.ª, y 353 RH).

b) El derecho real de hipoteca es —siguiendo a PUIG BRUTAU— un derecho real inmobiliario (arts. 1.876 CC y 2 y 104 LH), accesorio o de garantía (arts. 1.857, 1, y 1.527 CC y 144 LH), de realización de valor —PUIG BRUTAU habla de derecho de persecución, reparando en la facultad del acreedor hipotecario y en la adherencia de la hipoteca al bien sobre el que se impone (arts. 1.876 CC y 104 LH)—, de constitución registral (arts. 1.875 CC y 145 LH), en garantía de una obligación perfectamente determinada sobre una cosa o derecho específico (princi-

pio de especialidad o determinación) indivisible (arts. 1.860 CC y 122 de la LH) y transmisible (arts. 1.528 CC y 149 LH).

c) Conocidas estas características constitutivas, hemos de añadir que «podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones...» (artículo 105 LH). Y así la legislación y la doctrina distinguen diversas clases de hipotecas: legales y voluntarias, ordinarias y de seguridad, de máximo, etc., según la obligación garantizada.

d) El tener presente en todo momento la naturaleza jurídica de la hipoteca —que es lo que se va a inscribir— es fundamental para fijar un criterio unitario en su calificación, sin perjuicio de la doble adherencia de la hipoteca al crédito (1) y a la finca.

e) Al calificar la escritura de préstamo hipotecario debemos atender primordial y expresamente a la cláusula de constitución de hipoteca (2), para delimitar los pactos y obligaciones contenidos en las estipulaciones del préstamo que quedan garantizados con la hipoteca, y que, en definitiva, van a ser inscritos, amparados por la publicidad registral y susceptibles de ejecución hipotecaria por los procedimientos judicial sumario (3) y extrajudicial [ejecutivo ordinario (art. 126 LH)], sin per-

(1) Vid. ROCA SASTRE (*Dictámenes jurídicos*, Ed. Bosch, Barcelona, Dictamen número 103 pág. 1100): «El crédito hipotecario es una relación jurídica compleja, en la que hay que diferenciar, como elementos constitutivos de la misma, el crédito y la hipoteca que lo garantiza, teniendo ésta carácter accesorio respecto de aquél, como la tiene todo Derecho cuyo función especial es la de garantía». «El elemento crédito... en su aspecto de elemento principal... repercute e influye sobre el derecho real de hipoteca, comunicándole sus modalidades, contaminándola de su propia naturaleza, y así, al lado de la hipoteca común..., existen... varias clases...». No obstante, a nuestro juicio, y a pesar de esa «contaminación» de su propia naturaleza (que, por otra parte, sólo da lugar, según se desprende, a una diversidad de hipotecas en función de la naturaleza de la obligación garantizada —plenamente asumible—), entendemos que si bien es cierta la accesoriedad de la garantía, en esa «relación jurídica compleja» no llegan a desdibujarse los contornos claros de dos instituciones jurídicas diferentes, dando lugar a una nueva (con la subsiguiente problemática de la normativa jurídica aplicable a la nueva figura). Se trata, como decíamos, de una yuxtaposición cualificada por el elemento accesorio de la garantía que no hace sino desarrollar la función que le es propia en nuestro ordenamiento jurídico, que en ningún caso requiere la inscripción de un derecho personal y sí de su apéndice accesorio.

Vid. GARCÍA GARCÍA (*RCDI*, núm. 582, pág. 1514): «... se aprecia en el escrito del recurrente una confusión o equívoco respecto a dos conceptos diferentes: el préstamo mutuo y todas las obligaciones accesorias del mismo, de carácter personal, y, por otro lado, el derecho de hipoteca, de naturaleza real...».

(2) Seminario de Aragón (Trabajos y notas de colaboración del BCNR, años 1966-1985, t. I, Ed. CNR, Madrid, pág. 695 y ss., marginales 116 y ss.): «... Debemos prestar gran atención a la cláusula expresa de constitución de hipoteca... pueden radicar en ella, y en su relación con los demás pactos, los mayores problemas de calificación...».

(3) ROCA SASTRE (*Op. cit.*, págs. 1101 y ss.): «... para la actuación de tal procedimiento —judicial sumario— ... el incumplimiento de la obligación..., a diferencia de los otros, es lo único que hay que comprobar, por ser el mismo una vía de apremio, sin fase procesal de contención... Se trata... de acreditar si se

juicio de la acción personal que del contrato de préstamo surja a favor del acreedor (art. 1.124 CC)].

f) La responsabilidad hipotecaria debe estar determinada o ser determinable por una simple operación matemática, individualizándose la cuantía y concepto por el que responde la finca. La hipoteca da lugar a la fijación de una cifra económica de responsabilidad numéricamente cuantificada (es un derecho de realización de valor) (4).

g) El vencimiento anticipado del préstamo y la ejecución de la garantía sólo tiene lugar simultáneamente cuando el deudor hipotecario incumple una cláusula del préstamo o una obligación garantizada por la hipoteca con una cifra de responsabilidad. Para que la resolución opere debe de tratarse de una obligación inscrita (e inscrita por garantizada o asegurada cuantitativamente). En otro caso, se tratará del vencimiento y subsiguiente resolución de un contrato de préstamo en virtud del incumplimiento de una obligación personal no garantizada con hipoteca.

h) Las obligaciones accesorias al contrato principal de préstamo con garantía hipotecaria, jurídicamente admisibles (lícitas, morales, que

han realizado los 'hechos... determinantes de la certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito'...» (art. 131, 2.ª, LH).

GARCÍA GARCÍA (*Op. cit.*, pág. 1500): «...la inscripción de una cláusula de interés variable (en el caso que contempla) que no reúna los requisitos de inscripción puede producir un daño irreparable si tal cláusula va a la ejecución por vía del artículo 131 de la Ley Hipotecaria..., pues en este procedimiento no hay trámites hábiles para... alegaciones —del prestatario— (salvo los casos del artículo 132). La cuestión es especialmente grave, pues el Juez de Primera Instancia... no tiene ya medios hábiles para impedir la ejecución, aunque existieran infracciones en la cláusula, pues sabido es que el procedimiento judicial sumario se basa exclusivamente en el contenido del Registro...».

La opinión de ambos autores, al destacar las características legales del judicial sumario, patentiza la importancia de la erradicación de los pactos personales del Registro y la necesidad de calificar la hipoteca con un criterio si no restrictivo —en cuanto a los pactos que determinan su vencimiento— al menos cautelares, atendiendo a su naturaleza jurídica y teniendo presente el artículo 10 de la Ley de Defensa de los Derechos del Consumidor de 19 de julio de 1984 sobre «cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general... redactadas previa y unilateralmente por una empresa...».

Vid. Resolución de 3 de marzo de 1952: «...constituir una hipoteca de seguridad, para cuya ejecución no se puede pactar el procedimiento judicial sumario ni el extrajudicial, inaplicables para hacer efectivas las deudas ILIQUIDAS, excepto lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 153 de la Ley Hipotecaria...». (Se refiere a las cláusulas de estabilización, y es anterior, como puede verse, a la reforma del Reglamento Hipotecario, art. 219, párrafo antepenúltimo.)

(4) PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho civil*, t. III, vol. III, Ed. Bosch, Barcelona, ed. 1983, págs. 59 y ss.) recoge la definición de Moxó RUANO: «Hipoteca es un derecho real formal que recae sobre el valor en cambio de bienes inmuebles y garantiza la percepción de una suma pecuniaria, frente a todos», y a continuación destaca los caracteres que a su juicio distinguen a la hipoteca. La definición de Moxó acentúa el carácter de derecho de realización de valor de la hipoteca, y la necesidad de fijar una suma pecuniaria.

no contravengan el orden público...), deben garantizarse por separado con hipotecas de seguridad, y no pueden dar lugar a la ejecución hipotecaria por el medio indirecto de estipular el vencimiento anticipado de la garantía por el incumplimiento de cualesquiera o determinadas obligaciones contenidas en el contrato. No es posible inscribir dichas prestaciones o pactos como consecuencia de calificar su naturaleza jurídica de estipulaciones cuyo cumplimiento queda garantizado con condición resolutoria, pues no existe nexo causal entre el incumplimiento de una obligación accesoria y el vencimiento de la garantía establecida únicamente para asegurar la entrega del capital prestado, con sus intereses legalmente reclamables, costas y gastos judiciales —en la hipoteca ordinaria— o establecida en garantía de cualquier otra obligación lícita asegurada —hipoteca de seguridad, renta, máximo...—. El contrato de préstamo es un contrato bilateral o sinalagmático y oneroso: en consecuencia, el establecimiento de obligaciones accesorias sin contraprestación para el prestatario y determinantes de la resolución del mismo son obligaciones modales, y el modo en nuestro Derecho sólo es admisible en los contratos gratuitos, como la donación (art. 797 CC), en principio —transmisiones a título lucrativo, *inter vivos* y *mortis causa* (5).

(5) La cuestión contenida bajo la proposición de principio general en la letra *h*) es, sin lugar a dudas, y fuera del estudio de los contenidos de cada cláusula inscribible, la primordial, por la repercusión general y práctica que tiene; general, en cuanto es ya casi cláusula de estilo determinar el vencimiento anticipado o resolución del préstamo por el incumplimiento de cualesquiera de las obligaciones contenidas en el «presente contrato», y práctica, por directa repercusión que tiene la inscripción de obligaciones personales o nulas en la ejecución sumaria. Determinar, pues, si se trata de una obligación modal o de una condición resolutoria, aclararía todo el confuso marasmo en que se pierden los prolijos contratos de préstamo y potenciaría la publicidad registral, al inscribir exclusivamente la garantía hipotecaria.

Para GARCÍA GARCÍA (*RCDI*, *op. cit.*, págs. 1514 y ss.) se parte del «error previo» de creer que «lo meramente personal u obligacional» puede tener «efecto real» por el mero hecho de pactarse el «vencimiento anticipado». También este pacto de vencimiento anticipado, por lo que se refiere a aspectos obligacionales, es un pacto personal entre partes, salvo por lo que se refiere a los aspectos reales». Y añade, «se confunden, además, los efectos de una 'resolución' de efectos reales con el mero incumplimiento de las obligaciones que da lugar a acciones personales propias, en su caso del artículo 1.124 del Código Civil...», «para que se produzca la 'resolución automática' de un contrato ha de haberse pactado una condición resolutoria entendida como 'suceso futuro e incierto', acontecimiento extraño al contrato, pero esencial para el contrato, porque las partes han supeditado el consentimiento contractual a ese evento..., afecta a la existencia del contrato. El contrato deja de existir retroactivamente, con efectos reales...» (se trata de las condiciones inscribibles, arts. 23 LH y 51, 6, RH). «Por eso, cuando, existente el contrato sin estar sometido a ningún evento condicionante, se produce un incumplimiento ulterior de obligaciones, se trata de una cuestión entre las partes del contrato..., 'incumplimiento del sinalagma'... Únicamente en el supuesto del artículo 1.504 (pacto de *lex commissoria*), ... la Ley Hipotecaria da

i) Además, al calificar la licitud de las cláusulas pretendidamente cubiertas con la garantía hipotecaria, hay que tener en cuenta la legis-

'efectos reales' al impago de la obligación fundamental del precio en la compraventa... Pero las demás obligaciones, tanto de la compraventa como de la escritura de préstamo, su incumplimiento, pues se trata de obligaciones de distinta naturaleza que las obligaciones de devolución del principal y de los intereses..., son extrañas a la causa del préstamo y al sinalagma..., son, además..., accesorias y futuras...». Y continúa calificándolas de obligaciones modales —«... un modo que en el contrato oneroso es inadmisibile...», salvo las «... obligaciones modales en contrapartida... de la subvención... (entidades distintas de las particulares de crédito son las que conceden estas subvenciones, donde «cabe imaginar» modo). Más adelante —pág. 1531— dice: «Las obligaciones no garantizadas con hipoteca no pueden provocar respecto a terceros ningún vencimiento, porque no han sido cubiertas por el derecho real de hipoteca...», son «... obligaciones sin causa...» —página 1533—. Las cláusulas modales, de las que se ocupa GARCÍA HERGUEDAS, se distinguen porque «... no tienen equivalente económico. Toda prestación ha de tener un valor, y si la obligación se incumple se fija su valor en equivalente económico, pero si resulta que ese equivalente es cero, es que esa prestación es cero. O lo que es lo mismo: no es prestación, es un sofisma» (pág. 1535, cita de GARCÍA HERGUEDAS, Congreso Internacional de Derecho Registral, 1987, «Contrato condicional...»). Y ello después de decir esta autora: «... En las cláusulas generales de la contratación se observa la tendencia a introducir seudoobligaciones modales, es decir, que no puede exigirse su cumplimiento contractual, porque no están en las obligaciones del contrato... Se produce el absurdo de pretender que exista una facultad rescisoria contractual por incumplimiento de lo no debido..., amenazas de rescisión...» (pág. 1534, citada por GARCÍA GARCÍA).

Refiriéndose, con ocasión del estudio de los artículos 797 y 798 del Código Civil, ALBALADEJO GARCÍA (*Comentarios al Código Civil*, Ed. Revista de Derecho Privado, t. X, vol. 2.º, págs. 484 y ss.), a la institución de heredero y al legado modal, se ocupa de distinguir la institución condicional —aquella en que se hace depender el llamamiento a la sucesión del hecho (futuro e incierto, podríamos añadir) que sea— y la institución modal —aquella en que el heredero en cuanto tal asume el cumplimiento de una obligación. Se trata, pues, de un llamado a la herencia, en un caso, cuya efectividad del llamamiento depende de la condición —heredero presunto—, y de un heredero, en el otro, que asume una obligación, carga —heredero real. La condición suspende, pero no constriñe, y el modo constriñe, pero no suspende («O condicio non est in obligatione, modus est in obligatione»). El modo es menos limitación que la condición y hay que optar por él en caso de duda, ya que las limitaciones no se presumen y han de interpretarse restrictivamente —dice ALBALADEJO, al interpretar, siguiendo a la doctrina y a la jurisprudencia, el artículo 797, 1.º, final, del Código Civil—.

PUIG BRUTAU (*op. cit.*, t. I, vol. II, 3.ª ed., 1985, pág. 84) entiende que son condicionales aquellas obligaciones cuyos efectos dependen de un hecho incierto, y siguiendo a ALBALADEJO, entiende por condición la limitación puesta por el sujeto a su declaración de voluntad, en virtud de cuya limitación los efectos jurídicos del negocio se hacen depender de un acontecimiento incierto. Y de hecho futuro e incierto hablan CASTÁN y PUIG PEÑA.

ROCA SASTRE (*Derecho Hipotecario*, t. X, Ed. Bosch, Barcelona, ed. 1979, páginas 856 y ss.) define el modo como «... un elemento accidental de un negocio jurídico de liberalidad, por el que el disponente sujeta al heredero, legatario o donatario, a la obligación o carga de una prestación, de un destino o aplicación, o de una prohibición o limitación de disponer (esto nos recuerda al texto o finalidad de muchas cláusulas del préstamo hipotecario, podríamos añadir nosotros), sin que el fin a que el mismo responde atribuya propiamente derecho subjetivo alguno al favorecido o favorecidos, por no conceder sino a determinadas personas la simple acción de exigir su ejecución...»; «... es, pues, una carga en sen-

lación (art. 10 Ley de Defensa de los Derechos del Consumidor de

tido general...», «... siempre vinculante..., causalizado», «... es figura accesoria de un negocio jurídico principal..., dicha accesoriadad es de secuela... no de requisito previo, como la condición..., el modo obliga, pero no suspende..., la condición suspende, mas no obliga...».

Seminario de Valencia (TYNC del BCNR, 1966-1985, págs. 686 y ss.): será inscribible todo pacto lícito cuyo incumplimiento determine el vencimiento anticipado de la obligación garantizada —pág. 689—.

Seminario de Aragón (TYNC del BCNR, años 1966-1985, págs. 695 y ss., marginales y 116 y ss.): El préstamo es todo obligacional, pero puede pasar a ser real, con efectos *erga omnes*, bajo la capa de la hipoteca; «... lo que debemos calificar... es... si una estipulación es lícita o no, si es o no conforme a las leyes...». Las cláusulas de vencimiento anticipado se consideran lícitas al amparo del artículo 1.129 del Código Civil, salvo que en alguno de los supuestos pactados se pretenda un resultado prohibido por el ordenamiento —supuesto que habría que denegar—.

RAFAEL RIVAS (Seminario de Albacete, TYNC del BCNR, cit., págs. 700 y ss., marginales 120 y ss.) recoge la opinión de CHICO Y ORTIZ y de CAMY favorable a inscribir la cláusula de vencimiento anticipado referente a pactos estrictamente obligacionales, y, en consecuencia, éstos, al reforzarse con la condición resolutoria.

El Seminario de Cataluña (TYNC del BCNR cit., págs. 1491 y ss.) parece favorable a la admisión del vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones personales, al admitir éste por no destinarse el capital al fin para el que se ha concedido el préstamo (marginal 306).

Centro de Estudios Hipotecarios (TYNC del BCNR cit., pág. 989, marginal 197): «...los que por su carácter personal debería cerrarles el acceso al Registro —son inscribibles— ...cuando su incumplimiento anticipe el vencimiento de la obligación, porque no existe claro fundamento jurídico que impida su inscripción...».

M. BALLESTEROS ALONSO (BCNR, núm. 229, 1986) parece inclinarse por la inscribibilidad de dichas obligaciones personales cuyo incumplimiento determina el vencimiento de la obligación principal garantizada, al entender que procede la inscripción del pacto referente a intereses moratorios no asegurados con cifra autónoma de responsabilidad si se garantiza con condición resolutoria (págs. 2319 y siguientes).

CAMY (*Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, vol. VI, 3.ª ed., Ed. Aranzadi, 1983, págs. 407 y ss.): «... Si el Registro no puede recoger obligaciones personales, todo pacto de esa clase no sería inscribible. Pero como uno de los requisitos que ha de hacerse constar en la inscripción de hipoteca es el vencimiento del crédito, si aquella obligación personal se la configura (y de hecho así ocurre en la generalidad de los casos) como determinante del vencimiento anticipado de la obligación garantizada, como causa de tal habrá que reflejarla en el asiento...», y habrá de atenderse además a «... si a pesar de su carácter obligacional pueden admitirse como condicionantes de un vencimiento anticipado de la obligación...» —asegurada, se entiende— (págs. 569 y 570).

CHICO Y ORTIZ (*Estudios sobre Derecho Hipotecario*, t. II, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1982, págs. 544 y ss.): «...Esta expresión de ROCA SASTRE —la hipoteca como derecho establecido en función de garantía del cumplimiento de una obligación dineraria— ... parece estar en contradicción por la legislación hipotecaria y el Código Civil, pues conforme a estos cuerpos legales las hipotecas pueden asegurar toda clase de obligaciones... Lo que sí es indispensable... es que se traduzca en dinero la obligación o lo que representa el incumplimiento... Esta conversión de la clase de obligación en deuda dineraria facilita la ejecución hipotecaria y tiene la trascendencia de vincular al tercero en cuanto a la cantidad

19-VII-1984) y la jurisprudencia en relación a las condiciones generales

máxima de que responde la finca...» (págs. 555 y 556). En el caso de comisiones, intereses moratorios, intereses de gastos, gastos de escritura, etc., dice CHICO que «... el principio de especialidad... —exige— ... que se exprese el importe de las obligaciones aseguradas o cantidad máxima de que responda la finca hipotecada...» (página 735). Como vemos, no contempla el caso de su garantía con condición resolutoria, determinante del vencimiento anticipado, y ello, indudablemente, porque sin fijarse el importe la indeterminación es más que obvia.

PUIG BRUTAU (*op. cit.*, págs. 110 y 118 y ss.): «... Obligación unilateral o simple... es la que sólo mantiene a una persona obligada frente a otra, sin que ésta, a su vez, asuma obligación alguna...» (pág. 110). «La facultad de resolución implícita en las obligaciones recíprocas... (art. 1.124 CC). Es frecuente hablar de esta facultad de resolución afirmando que se trata de una condición resolutoria tácita, aunque la Sentencia (STS) de 5 de julio de 1941 declaró que es más exacto hablar de acción resolutoria... —ya que— ... la condición es algo añadido por la voluntad de las partes a una relación obligatoria para que los efectos de ésta queden subordinados a un hecho incierto y distinto de los que normalmente tiene en cuenta la ley para regular los efectos normales de cada figura jurídica... sin la obligación de pagar el precio, la de entregar la cosa no podría hacerse a título de compraventa...» (págs. 118 y 119). Pacto de resolución automática, cuando las partes han convenido que el incumplimiento tenga la eficacia de una condición resolutoria: «... Aparte del supuesto que regula el artículo 1.504 del Código Civil..., el pacto indicado es muy frecuente en las compraventas a plazos o con precio aplazado...», debe pactarse una verdadera condición resolutoria en sentido técnico, por lo que el contrato quede automáticamente resuelto y no tratarse de la facultad resolutoria del artículo 1.124 del Código Civil (STS 8-V-1965). Para la aplicación del artículo 1.124 del Código Civil es necesario que la reciprocidad esté perfectamente caracterizada, de tal modo que unas obligaciones no se conciban sin las otras (SSTS 14-III-1913, 30-X-1917 y 3-II-1918). «El artículo 1.124 no es aplicable cuando no existe propia o estricta reciprocidad, SINO QUE solamente concurren prestaciones accesorias a cargo de la parte acreedora...» (página 121).

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de octubre de 1987 (BCNR, núm. 239, 1987, pág. 2235), sin adentrarse en el tema propuesto y al que atienden las opiniones reflejadas anteriormente, de determinar la naturaleza jurídica de la cláusula de vencimiento anticipado —condición resolutoria, acción de rescisión o modo—, esta resolución, sin embargo, clarifica bastante esta materia, al decir: «... A salvo las peculiaridades de la hipoteca de seguridad o de máximo, no caben, a efectos hipotecarios, los pactos que, en contradicción con el principio de determinación, dejen los contornos del derecho real... al arbitrio de una persona (sea el acreedor, sea el deudor, sea un tercero). No cabe el pacto por el que se haga depender el vencimiento de la obligación del arbitrio del deudor, con el consiguiente perjuicio del tercer poseedor, ni cabe tampoco que se haga depender el vencimiento 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. Una cláusula como la rechazada... involucraría en la obligación garantizada otras múltiples obligaciones con injustificado detrimento del claro perfil que el orden público y la economía que exigen a los derechos reales...». De otros pronunciamientos de la misma resolución se deduce la admisión de la cláusula de vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones accesorias que atienden a evitar el «detrimento potencial del bien» o «quebranto de garantía», de aquellos que, en definitiva, tienden a la conservación de la garantía, sin exigir —al menos no lo dice— la constitución de una hipoteca de

de contratación, contratos de adhesión y fraude de ley, así como la va-

seguridad que ampare y cuantifique la obligación accesoria. Queda, pues, pendiente el problema de la naturaleza jurídica.

Y el problema nos suscita, al intentar resolverlo, varias interrogaciones: 1.ª ¿El contrato de préstamo con garantía hipotecaria es un contrato unitario? 2.ª ¿Cabe distinguir en el préstamo obligaciones principales y accesorias? 3.ª ¿Puede pactarse el vencimiento anticipado del denominado escrituramiento «préstamo hipotecario» por incumplimiento de obligaciones accesorias no específicamente aseguradas? 4.ª ¿Este pacto implica una condición resolutoria tácita? 5.ª ¿La resolución del préstamo da lugar al vencimiento de la garantía como consecuencia de ese pacto? 6.ª ¿Las obligaciones accesorias se pactan sin contraprestación o son consecuencia necesaria del contrato? 7.ª ¿La conservación de la garantía puede dar lugar a obligaciones no aseguradas, cuyo incumplimiento provoque la resolución del préstamo? 8.ª ¿Qué ocurriría si se resuelve el préstamo y no se puede ejecutar la garantía?

En contestación a la primera pregunta, entendemos que no se trata de un negocio jurídico unitario y, a pesar de ser calificado de relación jurídica compleja —así, ROCA SASTRE, CHICO Y ORTIZ...—, no da lugar a una nueva figura ni siquiera a un contrato mixto. Estamos en presencia de un contrato de préstamo, oneroso, bilateral, conmutativo, generalmente retribuido mediante el abono de intereses, de naturaleza civil o mercantil —según los casos, y es de observar cómo las entidades crediticias fundan el anatocismo en su mercantilidad, basándose en el artículo 317 del Código de Comercio—, típico y personal —por no señalar otras características—, que se centra en la entrega de una cantidad por el acreedor a cambio de su devolución en determinado plazo, forma y cuantía, por el deudor. Contrato que, en la práctica, cuando es realizado habitualmente por entidades crediticias, lleva aparejada la suscripción de una serie de condiciones generales propias de cada entidad, fijadas unilateralmente por ésta, por lo que suele situarse jurídicamente dentro de los contratos tipo, y ello sin perjuicio de la validez o nulidad de determinadas cláusulas en cuanto transgredan disposiciones legales en materia de usura o derechos de los consumidores. Así que puede decirse que gira en torno a la obligación principal de entrega de cantidad y su devolución, y que lleva anejas una serie de obligaciones accesorias tendentes a proteger al acreedor ante las más variadas eventualidades —como puede ser el cambio del tipo de interés en el mercado monetario—. Y para garantizar precisamente esa devolución en la forma pactada es usual la exigencia de una garantía en función de la solvencia del deudor; garantía que puede ser personal —aval solidario, aval bancario, emisión de letras de cambio, ...— o real —pignoratícia o hipotecaria—. Garantía que, por lo demás, y a pesar de su innata accesoriedad, está sujeta a una normativa específica, sin llegar a desnaturalizarse, como tampoco lo hace el contrato en función de aquélla. Se trata de un préstamo y de una garantía, y no de un préstamo avalado, un préstamo cambiario, un préstamo pignoratício o un préstamo hipotecario. El apellido del préstamo no tiene la virtualidad jurídica de transmutar la esencia contractual, aunque la elección de la garantía incida —como es lógico— en la versatilidad de la ejecución en caso de impago.

Efectivamente, respondiendo a la segunda cuestión, el préstamo contiene una obligación principal, ya señalada, y una serie de obligaciones accesorias generalmente suscritas por adhesión del prestatario, como en la compraventa al lado de la entrega de contraprestaciones, cosa y precio, suelen añadirse al contrato una serie de obligaciones accesorias tendentes a asegurar la efectividad del precio si es aplazado, o referentes al pago de tributos estatales, locales, gastos de otorgamiento, etc.

En el préstamo con garantía hipotecaria —conforme enuncia la tercera cuestión— suele asimismo pactarse el vencimiento anticipado del contrato si el deudor incumple una serie de obligaciones accesorias suscritas por adhesión de éste.

lidez de aquellas obligaciones que aseguren la efectividad y conservación

Pacto perfectamente admisible en la medida que sea lícita la obligación accesorio, y perfectamente normal en los contratos personales, siempre sujeto a la moderación de los Tribunales, al amparo del artículo 1.124 del Código Civil y del principio de libertad de pactos del artículo 1.255 del mismo Código. Otra cosa distinta es la naturaleza jurídica de esas obligaciones accesorias y su caracterización como obligaciones modales en contrato oneroso, ya que el vencimiento anticipado o resolución no obedece a la estipulación de una condición resolutoria expresa. Condición que ordinariamente garantiza el cumplimiento de una obligación, en base a hacer depender la eficacia de ésta de un hecho futuro e incierto —la condición no está en la obligación, es algo extraño y añadido—, que de realizarse produce la resolución del contrato y lo hace ineficaz, como si éste no hubiese existido nunca. Y entonces nos preguntamos en las interrogaciones tercera y cuarta si ese vencimiento anticipado de la obligación principal puede acarrear en caso de impago de la deuda —una vez requerido el deudor o automáticamente— el vencimiento de la garantía en el caso de que ésta no se estipulase para asegurar el cumplimiento de la obligación accesorio determinante de esa resolución, o si debe afectar exclusivamente al préstamo, y en este supuesto, si la condición resolutoria impuesta lo ha sido tácitamente por la operatividad de este pacto. Y como quiera que en el ámbito de los derechos reales el principio rector es el de orden público inmobiliario, a diferencia del principio de autonomía de la voluntad que informa los derechos personales —así lo recuerda la Resolución de 23 de octubre de 1987 y el propio JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA—, hemos de entender que la garantía hipotecaria está estipulada única y exclusivamente para asegurar el cumplimiento de una determinada obligación, y que en el ámbito de las garantías por su propia naturaleza, sean reales o personales, su amplitud debe quedar plenamente deslindada e interpretada restrictivamente, y, en consecuencia, la resolución del préstamo no lleva aparejada la efectividad de la hipoteca, sin perjuicio de las acciones personales que le corresponden ejercitar al acreedor y de la consideración de las condiciones resolutorias tácitas, siguiendo la jurisprudencia, como acciones de resolución, y la falta de operatividad de éstas para determinar la resolución automática en el campo de los contratos onerosos y más cuando no se establecen explícitamente para asegurar el pago del precio aplazado —art. 1.504 CC—, sino para asegurar otras obligaciones accesorias (R. 24-III-1984, STS 7-VI-1963, sobre la repercusión del ITE).

Asimismo, en el caso de este pacto, se trataría de una obligación principal —la devolución del capital e intereses asegurados— en contraprestación de la entrega realizada por el acreedor, sujeta a la condición resolutoria tácita del incumplimiento de una obligación accesorio, considerada como hecho futuro e incierto, dotado de incertidumbre objetiva y relativo al momento posterior de la vigencia del contrato (aspecto que afecta al incumplimiento de obligaciones como la de que no existan cargas o derechos preferentes a la hipoteca, que sería condicionante de la entrega del dinero; pero si éste se ha entregado, ¿cómo puede ser condicionante de la ejecución de la garantía?: el hecho sería anterior a la hipoteca y podría ser posterior a la firma del contrato). Pero, ¿será hecho futuro e incierto el incumplimiento de una obligación? («lo que está en la obligación no puede estar en la condición»). Y de una obligación sin contraprestación, de una obligación unilateral no nacida directamente del nexo causal contractual (dice Roca: «La accesoriedad de la condición es accesoriedad de requisito previo, la condición suspende mas no obliga»). Si la condición suspende la eficacia de la obligación sujeta a la misma al cumplirse el hecho futuro e incierto, aunque éste consista en el cumplimiento o incumplimiento de otra obligación, si es resolutoria carecerá de causa la ejecución de la garantía, pues el artículo 240 del Reglamento Hipotecario dice que cuando tenga lugar la resolución e ineficacia del mismo contrato —pendiente de ella— se extenderá una cancelación

de la garantía, susceptibles de asegurarse con hipoteca de seguridad, una

total o parcial, según el grado de ineficación del contrato. En este caso el contrato no está inscrito, sino su garantía, o, mejor dicho, constarán sus cláusulas en el Registro en la medida que lo exija la determinabilidad de la garantía. La ejecución de la garantía tiene lugar para hacer efectivo el contrato, para que la contraprestación del deudor se realice voluntaria o forzosamente, pero no para hacer efectivo un contrato ineficaz por resolución. Funciona de una forma parecida a la condición resolutoria explícita en la compraventa: si usted no me paga el precio aplazado, yo ejecuto lo pactado para este caso, resolviendo el contrato, devolviendo la parte del precio cobrado y consignándolo, la cosa volverá a ser mía, y me indemnizará en la medida que determine el Juez; pero no podré hacer lo propio si no puedo repercutirle el ITE o si no paga el arbitrio de plus valía. Otra cosa sería derivar la garantía al aseguramiento de obligaciones distintas de la asegurada, y susceptible en cuanto lícitas de especial hipoteca.

En definitiva, si no existen condiciones resolutorias tácitas, las obligaciones asumidas accesoriamente por el prestatario son obligaciones modales de dudosa licitud y procedencia en un contrato oneroso. Y el vencimiento de la obligación principal, aun admitiendo la validez del modo, no daría lugar al vencimiento de la garantía, porque la hipoteca sólo protege el cumplimiento de la obligación asegurada —devolución de capital e intereses, en este caso contemplado. Se produce una disociación entre obligación asegurada e hipoteca, y el acreedor, al reclamar el pago, no quedaría amparado por la ejecución hipotecaria para dar cumplimiento forzoso a lo estipulado. La cadena de incumplimientos no daría lugar a la efectividad del derecho de realización de valor: incumplimiento del modo, vencimiento anticipado, incumplimiento de la obligación principal, resolución de contrato. Sería quizá un caso de incumplimiento parcial del contrato de préstamo y una resolución total a moderar por el Juez competente.

Las obligaciones accesorias del contrato, unilaterales y modales, no son consecuencia necesaria del mismo, y las resultantes de la conservación de la garantía (a las que alude la R. de 23-X-1987), inmersas —podríamos decir— en el derecho real, tienen suficiente protección en la previsión legal del artículo 117 de la Ley Hipotecaria, sin perjuicio de la especial protección que puede brindarles la hipoteca de seguridad.

Por otro lado, analizando la cláusula de vencimiento anticipado (algunas entidades crediticias se limitan a decir que la misma podrá dar por resuelto el contrato de préstamo en los siguientes supuestos... y otras señalan que el Banco podrá anticipar el vencimiento de la presente operación de préstamo, y proceder a la ejecución de la garantía hipotecaria, que más adelante se constituye, solicitando el pago de las cantidades debidas por cualquiera de los procedimientos previstos en la presente escritura, en los siguientes supuestos... Como vemos, en ambos casos subyace la anatomía de la acción resolutoria del artículo 1.124 del Código Civil, y en el segundo, además, excluye el requerimiento de pago al deudor facultativamente y apunta la posibilidad de reclamar ejecutivamente «las cantidades debidas», sin tener en cuenta el medio de acreditar lo realmente debido y por qué concepto. Estas cláusulas están lejos de la resolución automática), analizando esta cláusula —decíamos— se siguen perfectamente los pasos del negocio indirecto y de la anómala superposición o confusión de garantías; ya que el cumplimiento de la obligación u obligaciones aseguradas se garantiza con hipoteca, y, a su vez, el cumplimiento de las obligaciones modales se garantiza con la resolución o vencimiento anticipado de la obligación asegurada y la ejecución de hipoteca. Se trata más que de una condición resolutoria de una sanción o cláusula penal. Algo así como: si no cumples la obligación unilateral o modal, puedo, a mi libre arbitrio, resolverte el préstamo, anular el plazo y fraccionamiento, y pegarte con la hipoteca. Y ello, aunque a primera vista parezca que la cláusula de vencimiento anticipado arroja con la hipoteca el cumplimiento de cualquier obligación estipulada y no garantizada específicamente; por-

que debe tenerse en cuenta un doble aspecto: por un lado, el negocio condicionado sería la efectividad del aplazamiento de pago y demás elementos integrantes de la contraprestación sinalagmática asegurada, y el hecho futuro e incierto condicionante, el incumplimiento de la obligación u obligaciones accesorias no garantizadas, y, por otro, la obligación condicionada sería la obligación accesorias, y el hecho condicionante futuro e incierto, causa de la resolución, sería su incumplimiento, que, al ser unilateral y modal, da lugar al vencimiento de otra obligación y de su garantía, al no existir contraprestación alguna, ni resarcimiento de daños y perjuicios por no estar contemplados en la misma (si no pagas los gastos no garantizados, resuelvo al préstamo y ejecuto la hipoteca; si no pagas la prima del seguro de incendios o de vida, aunque no haya siniestro, no te hayas muerto y yo no haya garantizado negligentemente este detrimento potencial de la finca hipotecada, no ya me devuelves mi dinero y te quedas con todo lo demás, sino ejecuto la garantía; es decir, ejecuto una garantía sin causa, una garantía abstracta y formal que tengo en depósito y siempre vencida). Así pues, garantizo la obligación principal con hipoteca, y el cumplimiento de las obligaciones accesorias con el vencimiento de la obligación principal, y el vencimiento de la obligación principal, a su vez, con la misma hipoteca.

La hipoteca, en conclusión, de admitirse la inscripción del pacto sin más, se constituiría inmediata y expresamente en seguridad del cumplimiento de una obligación bilateral —contraprestación de la entrega del capital— perfectamente definida y cuantificada económicamente —sabiéndose en todo momento la cantidad máxima de que responde la finca— y, además, mediata y tácitamente en seguridad del cumplimiento de una serie heterogénea de obligaciones futuras y de situaciones y hechos presentes, pasados y futuros, determinantes de la resolución del contrato de préstamo. Así, y a título de ejemplo, el vencimiento anticipado y subsiguiente ejecución de la hipoteca, ante el impago del deudor hipotecario, puede tener lugar por incumplimiento de cualquier obligación asumida en el contrato, y en particular, del incumplimiento de la obligación de pagar intereses de demora, gastos de otorgamiento, Registro, Abogado y Procurador —incluso en caso de que no se llegue a la ejecución—; de cancelación en su día; arbitrios, cualquier clase de tributos establecidos o que lleguen a establecerse, gastos de comunidad, primas de seguros de incendios y de vida del prestatario; conservación de la finca como un diligente padre de familia, reparaciones necesarias, reconstrucción en caso de siniestro en el plazo establecido; si el deudor es declarado incapaz, en suspensión de pagos, quiebra, concurso de acreedores, o es demandado en cualquier procedimiento ejecutivo; si se modifican las condiciones económicas que ponderó la entidad al dar el crédito, alteraciones económicas, falsedad de datos aportados y situación tenida en cuenta por el acreedor al conceder el préstamo; por aparecer cargas preferentes o no consignadas en la escritura, si se encuentra limitada la capacidad de disponer del deudor, prohibiciones de disponer, arrendar, fijar cuantía de la renta fuera de los límites establecidos por el banco o acreedor; expropiación forzosa total o parcial, impago de cualquier obligación en operación de crédito concertado o por concertar con el banco acreedor, alteración del destino pactado para la cantidad prestada y no expresado en la escritura, por iniciarse reclamaciones de cantidad por importe superior a X pesetas, impago de cualquier otra obligación contraída con el banco, por obligaciones directas o indirectas, ya sea como aceptante, librador o avalista de títulos-valores, o por cualquier otra causa, etc., etc. Como vemos, la casuística es rica en la proliferación de obligaciones, situaciones y hechos resolutorios. La entidad crediticia intenta por todos los medios salvaguardarse de cualquier evento imaginable: interés ordinario, variable, de demora, anatocismo; no pagar ningún gasto que legalmente le corresponda; comisiones; indemnización por resolución anticipada; resolución a su libre arbitrio; seguro de vida del deudor; conservación de garantía... Y nada como esta cláusula-cajón de sastre, sin reparar que a efectos reales y de tercero, siquiera con recurrir directamente a las fórmulas jurídicas idóneas —la hipoteca de seguridad, por ejemplo— se resolverían muchos

problemas. Sin necesidad de esta hipoteca en seguridad de una obligación principal determinada, cuyo plazo —parece no estar establecido en favor de ambas partes— y fraccionamiento de pago y no su eficacia —ya que el exigir el cumplimiento de ésta, aunque sea judicialmente, no es sino consumir el contrato de préstamo, al hacer efectiva la contraprestación del prestatario— queda sujeto al cumplimiento de otra accesorio; luego no hay condición que suspenda la obligación, sino obligación modal que arrastra el vencimiento de la obligación principal asegurada o contraprestación garantizada, haciéndose o intentándose hacer efectiva mediante la ejecución de la hipoteca —una especie de cumplimiento forzoso en forma específica—. Aquí se pone de manifiesto un aspecto más de la diferencia entre dos tipos de garantías, la condición resolutoria y la hipoteca; mientras que en la compraventa con precio aplazado garantizado con condición resolutoria explícita, el impago produce la resolución del contrato y no el derecho del vendedor a subastar el bien transmitido y satisfacerse con el importe de la subasta en cuanto al resto del precio aplazado, en la hipoteca —como se ve— la función de aseguramiento da lugar al cumplimiento forzoso del contrato de préstamo mediante la ejecución de la garantía.

Otro problema que surge, incluso si llegásemos a considerar el pacto de vencimiento anticipado no ya una condición resolutoria tácita o implícita (y no una simple acción de resolución —que según nuestro criterio lo es—), contraria al artículo 107, 10 de la Ley Hipotecaria y, por tanto, nula, sino una condición resolutoria expresa, es el relativo al carácter de la resolución o ineficacia del término, fraccionamiento de pago y demás elementos que conforman el contenido de la contraprestación garantizada; ya que, a diferencia de lo que es propio en las condiciones resolutorias, la ineficacia del negocio condicionado no se produce automáticamente (y entendamos por automatismo el habitual del pacto de *lex commissoria*, moderado y apreciadas las circunstancias judicialmente), nace, en suma, una facultad de resolución ejercitable o no por el acreedor (las cláusulas de vencimiento anticipado suelen decir: «podrá resolver...», con la salvedad antes aludida), propia del artículo 1.124 del Código Civil; luego por un camino u otro no salimos del carácter simplemente obligacional del mismo, en cuanto no se refiera a obligaciones específicamente garantizadas, pues en estos casos determinaría el momento en que puede hacerse valer la garantía. Y esa facultad de resolución provocaría, además, la indefensión del tercer poseedor, que no puede, sin graves obstáculos, saber cuál es la situación jurídica de la finca comprada, y le obliga previamente, ante la amenaza de resolución que queda al arbitrio del acreedor y puede ejercitar en cualquier momento, en el período de negociaciones que sostiene con el dueño de la finca, a obtener del banco la seguridad y certeza de que el deudor hipotecario está al corriente del pago de la obligación principal y de todas y cada una de las obligaciones accesorias. Seguridad y certeza un tanto difusa en cuanto algunas de estas obligaciones se limitan a exigir del deudor un comportamiento determinado. Seguridad y certeza que no podría salvarse mediante una simple certificación bancaria —dado el ámbito operativo de ésta—, que obligaría casi a solicitar de un representante jurídicamente dotado de suficiente poder que comparezca ante Notario y reconozca la plena vigencia del contenido de la obligación garantizada y el incumplimiento de la condición. Necesidad esta que, aunque se entienda forzada, pone de manifiesto la inseguridad jurídica del posible adquirente, disminuyéndose la potencialidad del crédito territorial, limitándose la libre circulación y disposición de los bienes, y, en fin, enervándose la eficacia del principio de publicidad registral.

Es obvio, al hilo de lo antes expuesto, que ello no quiere decir que el comprador en un caso ordinario esté al margen de cualquier riesgo, y que en buena medida no se prevenga de éste, incluso reteniendo cantidades del precio, y sepa que, a pesar de la pena de falsedad en documento público, el vendedor puede ocultarle su realidad patrimonial y jurídica. Lo que me interesa destacar es el incremento de ese riesgo y la inocuidad del Registro, si lo consulta, para indi-

carle qué obligaciones están garantizadas con hipoteca y cuál es la carga o la responsabilidad que soporta la finca y en qué medida; pues la protección de sus intereses le llevaría hasta analizar el comportamiento del deudor y la situación jurídica en que se encuentra el acreedor frente a la finca. De nada sirve la limitación de los cinco años impuesta por el artículo 114 de la Ley Hipotecaria para los intereses ordinarios fijos y variables —con las prevenciones legales que a éstos afectan—, si es válido y admisible garantizar con la amenaza del vencimiento anticipado los intereses de demora, sin fijar cuantía o máximo de responsabilidad y siempre cobrables en primer término por las reglas de imputación de pagos del contrato tipo. El deudor no puede quedar desamparado, teniendo que recurrir a un juicio declarativo si quiere impugnar su liquidación, mientras el acreedor le ejecuta la hipoteca sumariamente. El artículo 10 de la Ley de Defensa de los Derechos del Consumidor sería una quimera.

DÍEZ-PICAZO (*Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. 2, Ed. Tecnos, Madrid, 2.ª ed., 1975, págs. 18 y 19), al comentar sendas Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1928 y 30 de diciembre de 1961 sobre revocación de donaciones sujetas a cargas modales, dice: «... Nuestra jurisprudencia ha vacilado a la hora de considerar tales estipulaciones (convivencia y asistencia del donatario al donante) como condiciones en sentido técnico o como cargas de naturaleza modal...», siendo la primera orientación la más antigua, a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1908, que se rectifica veinte años después para considerarlas donaciones modales». ... Se trata, sobre todo, a nuestro juicio, de señalar las dificultades teóricas y prácticas que suscita este tipo de pactos... que parece presentar además una cierta tipicidad... El *facere* en que constituye la prestación, presenta unos perfiles no siempre nítidos en la medida en que se trata de una prestación propia de un arrendamiento de servicios por tiempo indeterminado, lo que plantea alguna duda sobre su validez... La carga modal constituye siempre un deber jurídico del donatario y, correlativamente, un derecho del donante, por lo cual no puede llegar a saberse con exactitud si la prestación de compañía y asistencia... en la medida que atenta a la libertad individual, es un objeto lícito de obligación... Por otro lado, la obligación en cuestión plantea, dentro del terreno estricto de las donaciones, unas cuestiones que son propias del Derecho de contratos y que no siempre reciben un tratamiento enteramente coherente... En otro aspecto, si como consecuencia de los incumplimientos se llegase a la revocación, ocurriría también que la revocación habrá beneficiado al donante, que recupera enteramente los bienes y deja sin retribución la parte de prestación efectivamente cumplida por el donatario, lo que plantea el problema de un posible enriquecimiento sin causa. Es cierto que no todas estas dificultades se superan volviendo a la primitiva calificación de los hechos como condición. En favor de esta calificación se podría señalar, sin embargo, que el contenido previsto es más un evento futuro e incierto, no obligatorio, que el contenido propio de un deber jurídico. Por contra, se encuentra el hecho de que en el cumplimiento de las condiciones rara vez se valora un comportamiento casual de los interesados en su producción, fuera del estricto marco del artículo 119 del Código Civil y el que tampoco queda establecido el nexo entre el comportamiento puesto como condición potestativa, el interés de las partes y el juego de las demás prestaciones contractuales...».

El precedente texto del Profesor DÍEZ-PICAZO da una perspectiva de la relación entre la condición y el modo, *mutatis mutandi* (ya que en nuestro caso se trata de un supuesto más radical y forzado, al tratarse de un contrato oneroso y conmutativo, y la obligación modal en él no tiene la cobertura del artículo 797 del Código Civil), relación compleja y confusa que cabalga hacia la consideración indubitada del modo en la donación (téngase en cuenta lo expuesto anteriormente de ALBALADEJO). Y me interesa destacar lo que dice de la obligación modal: 1.º Constituye siempre un deber jurídico. 2.º En el caso de la convivencia y asistencia, de dudosa licitud por atentatorio de la libertad individual. 3.º Plantea cuestiones propias del Derecho de contratos. 4.º La revocación o resolución puede

dar lugar a un enriquecimiento sin causa. 5.º La dificultad de calificarla como condición, al ser el comportamiento previsto un evento futuro e incierto, no obligatorio, pero anómalo en el campo de las condiciones como comportamiento causal: condición potestativa. 6.º No existe nexo entre el comportamiento puesto como condición potestativa, el interés de las partes y el juego de las demás prestaciones contractuales. Y si eso se opina de un acto de liberalidad, qué podrá pensarse de un contrato oneroso, cuando la obligación modal carece de contraprestación, puede provocar un enriquecimiento sin causa, no existe nexo, y estriba —en nuestro caso— no sólo en un comportamiento, sino en una obligación prestatoria. Y si el comportamiento es condición sería potestativa y sin nexo causal con el resto del contrato, pues si ni siquiera es hecho futuro e incierto no obligatorio, sino claramente una obligación, lo que está en la obligación no puede estar en la condición. Por eso GARCÍA GARCÍA (*op. cit.*, pág. 1507) dice que se está cambiando la naturaleza del contrato de préstamo, y de conmutativo pasa a ser «aleatorio» para el prestatario, sin justificación alguna desde su posición (y lo dice con ocasión de las cláusulas de interés variables ilícitas).

F. FERNÁNDEZ DE ARÉVALO (Comunicación presentada al VI Congreso Internacional de Derecho Registral, Madrid, 1985, Ed. CEH del CNR, t. II, págs. 1241 y ss., «Contenido obligacional de los derechos reales. Eficacia *erga omnes* de los derechos de crédito»), al tratar de las obligaciones reales o *propter rem*, cita, siguiendo a DE LOS MOZOS, como tales en la hipoteca los supuestos en que el dueño de la finca hipotecada deteriore la cosa o disminuya la garantía. Añado este aspecto porque puede arrojar alguna luz sobre las obligaciones impuestas al prestatario para la conservación de la garantía, al no considerarse contenido típico del derecho de hipoteca, sino una obligación real, cuya eficacia ampara el artículo 117 de la Ley Hipotecaria, y que entronca con los pronunciamientos de la Dirección General en materia de conservación de garantía (sin embargo, no hemos de olvidar que una cosa es el artículo 117 de la Ley Hipotecaria y otra las prevenciones de conservación extrajudiciales que dan lugar al vencimiento anticipado y se desliza sobre esta resbaladiza pista de las obligaciones modales. Pero realmente lo que me interesa es dar una amplia visión del vencimiento anticipado como cláusula o pacto escriturario, abriendo —si cabe— caminos que lleven, en unión de otros muchos, a confluir en un criterio calificador unitario, dejando a salvo la libertad del Registrador. Se trata de fijar un criterio informador unitario, del que puede surgir la uniformidad o la aproximación a ésta en la interpretación de las cláusulas.

ROCA SASTRE (*Derecho Hipotecario*, t. IV, vol. 1, Ed. Bosch, Barcelona, 1979), destacando como caracteres de la hipoteca (pág. 212) su naturaleza real, la sujeción del bien hipotecado, cualquiera que sea su titular —al poder exigir, eventualmente, la realización de su valor, así como permitir la adopción de medidas dirigidas a la salvaguardia de ese valor—, la función de garantía de la efectividad de alguna obligación dineraria, la accesoriedad, indivisibilidad, constitución registral, gravamen de bienes inmuebles, ajenos y enajenables, el que no implica desposesión de los bienes gravados y ser un poderoso instrumento del crédito territorial, nos revela dos aspectos sustantivos que vienen al caso: 1.º El acreedor hipotecario tiene la facultad de velar por la conservación del valor en cambio del bien hipotecado a fin de lograr que se mantenga ese valor en el sentido de que el mismo no disminuya, debido a la conducta del hipotecante o del tercer adquirente de lo hipotecado, o de cualquier titular de derecho real con poder de goce, o por la actuación de cualquiera otra persona, pudiendo, en consecuencia, recabar del Juez la adopción de las medidas conducentes al logro de este fin (art. 117 LH, regula con alguna insuficiencia —dice— esta posible actuación del acreedor hipotecario en caso de disminución de valor de la finca hipotecada por dolo, culpa o voluntad del dueño de la misma. GARCÍA GARCÍA, en su *Código de Legislación Hipotecaria*, antes citado, destaca la exclusión del caso fortuito). 2.º La hipoteca asegura directamente el cumplimiento de una obligación dineraria, sin perjuicio de que la prestación, en su estadio

originario o prístino, consista en dar una cosa distinta de dinero, o en hacer o no hacer; pero, aún en estos casos, la hipoteca no asegurará sino el pago de una suma dineraria, o sea, la obligación pecuniaria a que debe reducirse o resolverse el incumplimiento específico de la obligación (págs. 270 y 271).

Y de esos dos aspectos podemos extraer dos conclusiones informadoras de nuestro criterio calificador: 1.ª La conservación de la garantía, obligación del dueño del bien hipotecado y facultad del acreedor hipotecario, se canaliza en nuestro Derecho judicialmente a través de la acción de devastación regulada por el artículo 117 de la Ley Hipotecaria (a diferencia de lo que ocurre en otros Derechos, como el italiano, donde PALUMBO —*vid.* ROCA, pág. 270— expresa que el derecho a la conservación de la garantía hipotecaria supone una limitación en la facultad dispositiva y en el poder de administración del propietario del bien hipotecado, implica una limitación al derecho de propiedad en todo aquello que lesione el derecho del acreedor hipotecario, y en este aspecto ve la configuración de la sustancial naturaleza de derecho real de la garantía hipotecaria. Nuestro Derecho no llega tan lejos, con independencia de que *ex lege ferenda* se pondere la oportunidad de una reforma; la conservación se canaliza judicialmente, a instancias del acreedor hipotecario). 2.ª Las obligaciones aseguradas con hipoteca deben cuantificarse económicamente. No es posible garantizar una obligación sin determinar un máximo de responsabilidad.

Por otro lado, la ineficacia del pacto prohibitivo de otras hipotecas (art. 107, 3.º, LH) ha sido extendida por la jurisprudencia registral al pacto de vencimiento anticipado de la obligación garantizada por enajenación, gravamen o arriendo de la finca hipotecada, negándole el acceso al Registro, sin perjuicio —dice ROCA, *op. cit.*, pág. 497— de su trascendencia obligacional. O sea, que para ROCA son pactos obligacionales lícitos, entiéndase al amparo del artículo 1.255 del Código Civil, y para la Dirección General —*vid.* R. de 25-XI-1935— contravienen el principio de libertad de contratación, porque aunque no se pacte expresamente la prohibición de gravar, se pretende limitar hipotecariamente el derecho del dueño a disponer de sus bienes y constituye una sanción para el caso de que el deudor ejercite sus facultades dispositivas (ROCA, *op. cit.*, págs. 496 y 497, si bien la Circular de 27 de noviembre de 1974 lo admite en los préstamos hipotecarios concedidos por la Caja Postal de Ahorro a sus funcionarios para la adquisición de viviendas). De esto parece deducirse lo siguiente: 1.º Dichos pactos son válidos obligacionalmente e ineficaces registralmente por razón de su contenido (prohibición de disponer, art. 27 LH), a excepción de lo prevenido en la Circular de 27 de noviembre de 1974. 2.º No se resuelve el problema de la naturaleza jurídica del pacto de vencimiento anticipado por obligaciones accesorias. 3.º No se destaca el aspecto de conservación de la garantía extrajudicialmente, bien sea porque la venta no disminuye su valor, bien sea porque no se ha tenido en cuenta el problema del arrendamiento sujeto a la legislación especial (*vid.* R. de 27-I-1987, GARCÍA GARCÍA, *RCDI*, núm. 582, 1987). 4.º La Resolución de 25 de noviembre de 1935 destaca el aspecto de sanción del pacto. 5.º Los pronunciamientos jurisprudenciales reparan más en el contenido de la obligación, en relación al carácter remuneratorio y al de conservación de la garantía, que en la naturaleza jurídica de la obligación accesoria y su articulación como condición resolutoria o modo.

Al estudiar la hipoteca de bienes sujetos a condiciones suspensivas o resolutorias, ROCA SASTRE (*op. cit.*, págs. 534 y ss.) especifica los casos concretos comprendidos en el número 10 del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, «condiciones resolutorias expresas», que son las resultantes de los artículos 1.504, 1.507, 647 y 641 del Código Civil, además del gravamen de sustitución fideicomisaria condicional (*op. cit.*, pág. 546), distinguiendo la condición resolutoria y la acción de resolución, cuando ésta deriva implícitamente del acto inscrito —y en suma consta de manera explícita del Registro (*op. cit.*, pág. 548). En ningún caso —vemos— se conectan estos supuestos al vencimiento anticipado de obligación principal por incumplimiento de obligaciones accesorias no aseguradas.

vez hayan sido suficientemente determinadas, conforme al principio de especialidad (6).

* * *

A continuación vamos a realizar una sinopsis de pactos, cláusulas y obligaciones inscribibles, reflejando la postura jurisprudencial y la opinión de la doctrina en un sencillo esquema que haga posible conjugar, a efectos prácticos, la claridad con el casuismo, sentando —en la medida que se consiga— las bases para la fijación de un criterio unitario en la calificación de los préstamos hipotecarios, tras el oportuno debate.

Y en base a la problemática expuesta hemos de concluir: 1.º La cláusula de vencimiento anticipado, sin perjuicio de su validez obligacional, sólo es inscribible en cuanto sea el resultado del incumplimiento de una obligación específicamente garantizada con hipoteca. 2.º En los demás casos actúa como una cláusula penal en garantía de obligaciones accesorias. 3.º Las obligaciones accesorias del contrato de préstamo no garantizadas con hipoteca de seguridad son de naturaleza personal, de muy diverso contenido —que nos aconseja al estudio pormenorizado y diferenciador de cada una de ellas—, participan del carácter de condiciones generales de contratación y tienden al aseguramiento del crédito del acreedor extrajudicialmente. 4.º Dichas obligaciones accesorias no constituyen el hecho futuro e incierto de una condición resolutoria expresa pactada a través de la resolución anticipada, y más bien pueden considerarse como obligaciones modales en contrato oneroso. 5.º Las obligaciones accesorias que impliquen prohibiciones de disponer (arts. 107, 3, y 27 LH) o atiendan a la conservación de la garantía al margen de lo prevenido en el artículo 117 de la Ley Hipotecaria, son incluso como pactos personales de dudosa licitud, en cuanto asegurables con hipoteca específica, si bien hay que tener en cuenta la jurisprudencia registral moderadora del interés social protegible. 6.º El contrato de préstamo con garantía hipotecaria da lugar en la actualidad al establecimiento simultáneo de una hipoteca ordinaria y una o varias hipotecas de seguridad, lo que nos obliga a calificar los requisitos constitutivos de cada una de ellas, según su propia naturaleza, sin mixtificaciones (o al menos, con cautela: por ejemplo, podemos cuestionar la aplicabilidad de la certificación bancaria del artículo 153 de la Ley Hipotecaria, prevista para las hipotecas en garantía de cuentas corrientes de crédito, a las hipotecas ordinarias, o la licitud de las obligaciones, a las que alude el punto quinto anterior, por desnaturalizar el derecho real de hipoteca al dotarle de características propias de la prenda sin desplazamiento de la posesión —¿hasta qué punto la conservación de la garantía, al amparo del artículo 1.255 del Código Civil, puede cercenar directamente los derechos del hipotecante y desnaturalizar de hecho la garantía?—).

(6) *Vid.* GARCÍA GARCÍA, *RCDI*, núm. 582, 1987, págs. 1.506 y ss.

Vid. AMORÓS GUARDIOLA, *RCDI*, núm. 569, 1985, págs. 863-926, «El *leasing* inmobiliario...». (El estudio de las cláusulas generales del contrato de arrendamiento financiero con opción de compra presenta gran similitud con el de las cláusulas de contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Se trata de dos contratos personales, onerosos, bilaterales y conmutativos donde se pacta el vencimiento anticipado o resolución contractual por idénticas causas u obligaciones accesorias, incluso en cuanto a las que implican prohibiciones de disponer y conservación de la cosa por el deudor, además en el *leasing* la desnaturalización llega a imponer al arrendatario obligaciones propias del comprador, por lo que cabe pensar, en este caso, si no estamos ante un negocio indirecto que encubre una compraventa con precio aplazado.)

II. CLASULAS, PACTOS Y OBLIGACIONES INSCRIBIBLES

1. *Pacto por el que se garantiza la repercusión del ITE* (o del impuesto que le pueda sustituir o complementar) *con el vencimiento anticipado de la obligación asegurada.*

a) No inscribible (R. 23-X-1987. *Vid. BCNR* núm. 239-1987, páginas 2233 y ss.): Es una obligación personal del prestamista que no queda cubierta con la garantía hipotecaria, tal y como ha sido estipulada (págs. 2233 y 2235). CÉSAR GARCÍA-ARANGO la excluye por entender que es inoperante en cuanto puede alterar las obligaciones tributarias de Derecho público, no afecta a tercero, no se precisa su cuantía y es contraria al principio de especialidad.

Aquí la Dirección General excluye su inscripción a pesar del pacto de vencimiento anticipado; exclusión muy significativa en cuanto a su naturaleza jurídica. Es de advertir, asimismo, la analogía que existe entre este supuesto y aquel en que se garantiza la repercusión con condición resolutoria explícita en la compraventa, con la salvedad de que la condición del artículo 1.504 del Código Civil sólo puede garantizar el precio aplazado (*vid. R. 24-III-1984, STS 7-VI-1963*: la repercusión del ITE es una prestación accesoria que no forma parte del precio). En el caso de la hipoteca, ésta sólo debe garantizar la obligación especialmente asegurada.

b) Sí inscribible: Seminario de Cataluña (TYNC del *BCNR*, 1966-1985, pág. 1492, marginales 288 y 296. *BCNR* núm. 171-1981); sí puede extenderse al ITE la garantía hipotecaria si se fija un máximo de responsabilidad. Nuestro criterio es este mismo, y parece ser el contenido implícitamente en la Resolución de 23 de octubre de 1987; debe constituirse una hipoteca de seguridad —incluso en el caso de las prestaciones accesorias podría admitirse una cifra unitaria en garantía de todas ellas, aunque parece que tampoco cuesta mucho hacerlo bien, y fijar una por cada concepto.

2. *Imputación de pagos.*

a) No inscribible: Pacto personal que no afecta a la operatividad del mercado hipotecario (R. 23-X-1987, *op. cit.*).

b) Sí inscribible: Lo entenderían inscribibles los que mantienen que la cláusula genérica de vencimiento anticipado de la obligación asegurada tendrá lugar por incumplimiento de cualquiera de las obligaciones establecidas. (Para mí no lo sería ni en este caso: *vid. comentarios a la nota 5.*)

3. *Indemnización por reembolso anticipado.*

a) No inscribible: Pacto personal que sin prejuzgar su validez civil se desenvolverá en el ámbito extrahipotecario (R. 23-X-1987, *op. cit.*). No amparable por la cláusula de vencimiento anticipado.

b) Sí inscribible: Quizá podría asegurarse con cantidad aparte e incluso con la señalada para prestaciones accesorias.

4. *Vencimiento anticipado por incumplimiento de cualesquiera de las obligaciones contraídas en virtud del presente contrato.*

a) No inscribible: La resolución no puede depender de la voluntad del deudor ni del incumplimiento de una obligación no específicamente garantizada (R. 23-X-1987, *op. cit.*; *vid.* nota 5).

b) Sí inscribible: Seminario de Valencia (TYNC del BCNR, página 689); entiende inscribible todo pacto lícito cuyo incumplimiento determine el vencimiento anticipado. Así también, Seminario de Aragón (TYNC del BCNR, págs. 695 y ss.), RAFAEL RIVAS (Seminario de Albacete, TYNC del BCNR, págs. 700 y ss., marginales 120 y ss.) y el Centro de Estudios Hipotecarios (TYNC del BCNR, pág. 989, marginal 197).

5. *Vencimiento anticipado por inexactitud de los datos o documentos aportados.*

a) No inscribible: Por lo mismo que el anterior (*vid.* R. 23-X-1987, *op. cit.*, pág. 2235).

b) Sí inscribible: Este no debe nadie entenderlo inscribible, dada su absoluta indeterminación.

6. *Vencimiento anticipado por no ampliación de hipoteca: devastación.*

a) No inscribible: Si se justifica la devastación —extrajudicialmente, añadimos nosotros— mediante tasación realizada por determinada sociedad (*vid.* R. 23-X-1987, *op. cit.*; *vid.* R. 4-VII-1984).

b) Sí inscribible: Resolución de 23 de octubre de 1987 (*op. cit.*); parece inducir a pensar que la tasación sea judicial conforme al artículo 117 de la Ley Hipotecaria o, al menos, que la apreciación de la devastación no quede al arbitrio del perito designado por el acreedor (como hace la R. 4-VII-1984).

* * *

El derecho de ampliación de hipoteca por desmerecimiento en más de un 20 por 100 del bien hipotecado viene regulado por el Real Decreto de 17 de marzo de 1982. Y la Ley Hipotecaria en su artículo 117 lo regula cuando la causa sea por dolo o culpa del deudor, excluyendo el caso fortuito —como advierte GARCÍA GARCÍA en nota al pie de dicho artículo en su Código de la Legislación hipotecaria y del Registro Mercantil (Ed. Civitas, Madrid, 1986)—, por lo que el derecho atribuido por el mencionado Real Decreto al acreedor hipotecario viene limitado y canalizado por una norma legal. El Seminario de Aragón (*op. cit.*, páginas 695 y ss.) entiende inscribible el pacto de *vencimiento anticipado por disminución* de la cuarta parte del valor de la garantía en base a los artículos 1.129 del Código Civil y 117 de la Ley Hipotecaria. RAFAEL RIVAS (*op. cit.*) entiende que no es inscribible porque genera la indefensión del deudor y la previsión legal encauza a través del Juez las medidas a adoptar, recogiendo la opinión favorable de CAMY y de ROCA, que lo entiende inscribible sólo hasta cierto punto. Para mí, ambas cláusulas, vencimiento anticipado por no ampliación de hipoteca y vencimiento anticipado por deterioro o devastación de la finca, son una sola, en cuanto la primera es el resultado de la segunda. Es decir, cabe el vencimiento anticipado por devastación si lo decide el Juez, después de adoptar las medidas previstas en el artículo 117 de la Ley Hipotecaria y de no haber ampliado la hipoteca el deudor hipotecario (art. 29 del Real Decreto de 17-III-1982). Teniendo en cuenta que la Dirección General admite el pacto por no ampliación de hipoteca y que el artículo 115 de la Ley Hipotecaria lo prevé respecto de los intereses; aunque el legislador a sabiendas no otorgó al acreedor las facultades reconocidas por los artículos 163 y 165 para las hipotecas legales. Habría que apoyarse en el Real Decreto y en la Dirección General. Es de advertir que la prevención contenida en la Ley Hipotecaria para las hipotecas legales también se canaliza judicialmente y que el artículo 117 excluye el caso fortuito, luego la admisión del pacto va más allá y se fija en el deterioro objetivo del bien —a apreciar, entendemos, por el Juez—. La obligación de no devastar la finca, culposa o dolosamente, no es una obligación modal, en cuanto la obligación de conservar la garantía es intrínseca al derecho real de hipoteca, y aunque la considerásemos modal sería lícita por la previsión del artículo 117 de la Ley Hipotecaria. No estamos ante un deber que limita la libre disposición como en Derecho italiano, sino ante un procedimiento judicial que evita la negligencia o mala fe del deudor, y que da seguridad al tráfico jurídico inmobiliario, potenciando el crédito territorial.

* * *

— *Vencimiento anticipado por disminución de valor o deterioro de la finca hipotecada.*

- a) No inscribible: RAFAEL RIVAS, como hemos visto.
- b) Sí inscribible: Seminario de Aragón, CAMY, en cierta forma ROCA —*vid. supra*— (como puede observarse he preferido tratar las dos cláusulas conjuntamente y por separado).

7. *Vencimiento anticipado por aparecer la finca con cargas no reflejadas en la escritura o derechos preferentes a la hipoteca.*

- a) No inscribible: GARCÍA GARCÍA (*RCDI, op. cit.*, pág. 1540); no inscribible por ir contra el principio de prioridad registral, existir habitualmente afecciones fiscales de carácter preferente, dejar la ejecución al arbitrio del acreedor, y ser el Registro público...
- b) Sí inscribible: Resolución de 23 de octubre de 1987, si se limita a establecer: «El vencimiento automático de la obligación garantizada, si aparecieren sobre la finca cargas no consignadas en esta escritura o si no fueren pagados a tiempo aquellos tributos y gastos que tengan preferencia legal de cobro sobre el mismo acreedor hipotecario, o si se trata del impago de obligaciones que siguen a la cosa, y que, como el seguro, determinan detrimento potencial del bien, pues para todo ello existe el apoyo de la previsión legal contenida en el artículo 1.129, 3.º, del Código Civil, al ser indudable el eventual quebranto de la garantía...» (pág. 2236, *op. cit.*).

La cuestión no me parece totalmente zanjada con esta interpretación. Primero, porque en cuanto a las cargas o derechos preferentes a los consignados en la escritura, la práctica nos muestra que la existencia de las afecciones legales, supondría dejar la ejecución al arbitrio del deudor —como dice GARCÍA GARCÍA—; pues como mínimo si la compraventa y la hipoteca se otorgan el mismo día, la afección por la primera sería preferente y no revela la ocultación de una carga, ya que al tiempo del otorgamiento ésta no existe, e incluso plantea la preferencia de la afección por la misma hipoteca según tribute por préstamo, por hipoteca o por acto jurídico documentado (por préstamo, sería preferente; por hipoteca, no, al ser un derecho de constitución registral y sólo surgir el tributo de la propia inscripción —idéntico caso al de la anotación preventiva de embargo, que lo que está sujeto es la anotación y no el embargo y el mandamiento— y por acto jurídico documentado, sería también preferente —sin perjuicio de que conforme a la legislación fiscal, el acto sujeto sea el préstamo. y tras la Ley del IVA, éste se considere sujeto a IVA y exento, sin poderse devengar el acto jurídico documen-

tado, al estar el hecho imponible plenamente regulado y sin que pueda darse la tributación por dos impuestos concurrentes, transmisiones patrimoniales onerosas y actos jurídicos documentados). Segundo, porque plantea el problema de las anotaciones preventivas como reservas de derechos sujetas a la resolución judicial correspondiente: ¿se entenderían éstas como causas de resolución o habría que esperar al fin del procedimiento?, ¿y si se consideran como causa de vencimiento anticipado y la resolución es favorable al deudor titular registral?, ¿habría que distinguir entre las distintas anotaciones?, ¿la de embargo es carga?, ¿y la de demanda?... Tercero, ¿qué ocurriría si los tributos preferentes no se hubieran pagado a tiempo y, sin embargo, en el Registro se hubiese cancelado la afección por caducidad?, ¿y si no se pagó la plusvalía, obligación tributaria del vendedor?, ¿y si no se presenta a tiempo la escritura en el Registro por el acreedor hipotecario, que es el adquirente del derecho, y en el ínterin obtiene prioridad otro derecho no reflejado en la escritura e inexistente al tiempo de su otorgamiento?, ¿y los gastos de comunidad y las hipotecas legales tácitas, producirían la ejecución sumaria frente a tercero, a pesar de no constar en el Registro?, ¿y los créditos salariales superprivilegiados frente a tercero?... ¿Quebranto de la garantía?. Cuarto, ¿supone el impago de la prima del seguro de incendios detrimento potencial del bien?, y si lo supone, ¿por qué no garantiza esa obligación el acreedor?, ¿hasta qué punto el deber de conservación de la garantía exige la suscripción de una póliza de seguros y a veces con la compañía que determine el acreedor? El artículo 117 de la Ley Hipotecaria sólo contempla dolo o culpa, no riesgos objetivos. Y además habría que distinguir entre fincas rústicas y urbanas, y dentro de las primeras, según cultivo o aprovechamiento (no es lo mismo que se queme el arbolado de una finca de frutales que de una de pastos, o una cosecha de secano o regadío..., ¿afecta este siniestro al valor del bien?, y de las segundas, según sean solares o viviendas, si bien en la práctica el modelo no distingue —el modelo de la entidad crediticia se sobreentiende—. La fuerza mayor, si se quiere asegurar fuera del conducto legal previsto, debería hacerse con hipoteca de seguridad.

En definitiva, la admisión de una fórmula tan genérica —con independencia de la naturaleza jurídica— provocaría inseguridad en el deudor y en el tercero, sobre todo cuando la preferencia se determina extraregistralmente o por causa a ellos ajenas, sin desdeñar el problema social que puede crearse respecto de los adquirentes de viviendas de protección oficial con subrogación de hipoteca en caso de que el constructor o promotor no obtuviese la calificación definitiva.

* * *

— *Vencimiento anticipado por impago de tributos o arbitrios.*

a) No inscribible: Si no se fija cifra de responsabilidad.

b) Sí inscribible: Resolución de 23 de octubre de 1987; Seminario de Valencia (*op. cit.*, pág. 689): es un pacto personal, inscribible por la cláusula de vencimiento anticipado; Seminario de Aragón (*op. cit.*, páginas 695 y ss.), en igual sentido, la admite si no se justifica el pago en virtud de la misma cláusula.

CAMY la entiende inscribible por garantizarse con condición resolutoria (*op. cit.*).

— *Vencimiento anticipado por impago de la primera de seguro.*

a) No inscribible: Si no se fija cifra de responsabilidad (hipoteca de seguridad).

b) Sí inscribible: Resolución de 23 de octubre de 1987; Seminario de Valencia, Seminario de Aragón (*op. cit.*). El Seminario de Aragón destaca que su inscribibilidad vendrá determinada, tanto en este caso como en el de impuestos y contribuciones, por la especificación de la obligación de pago o por referencia genérica a los términos que resulten de la propia escritura, rechazando la vaguedad de las cláusulas de vencimiento anticipado por no reintegrar el deudor las cantidades satisfechas por su cuenta y por su delegación. Se excluye, pues, la indeterminación.

CAMY la entiende inscribible por garantizarse con condición resolutoria (*op. cit.*).

8. *Vencimiento anticipado por impago de cualquier obligación en operación de crédito concertado o por concertar con el banco acreedor.*

— No inscribible: *ex* Resoluciones de 5 de abril y 14 de diciembre de 1912. Indeterminación, contrario al principio de especialidad.

9. *Obligación indeterminada garantizada con hipoteca.*

— No inscribible: *ex* Resoluciones de 4 de julio de 1984 y 18 de octubre de 1979, principio de especialidad.

10. *Vencimiento anticipado por declaración de incapacidad del deudor.*

— No inscribible: Seminario de Cataluña (*op. cit.*, págs. 1491 y ss), por ser contraria a la esencia de la hipoteca (arts. 104 y 132 LH) —que sujeta directa e inmediatamente los bienes y no la persona del propietario—, y al derecho necesario sobre quiebra (marginal 307, pág. 1501).

11. *Vencimiento anticipado por ejecución particular o universal en los bienes o derechos del deudor.*

— No inscribible: Mismas razones que la cláusula anterior.

Además, la ejecución no disminuye la garantía real y preferencia de la hipoteca, y si la finca la adquiere un tercero y no se subroga en la obligación personal, no va a depender éste del cumplimiento de obligaciones no aseguradas con hipoteca sobre su finca (*vid.* R. 5-VI-1987, artículo 1.129, 1, CC). No existe nexo causal, y según las Resoluciones de 5 de abril y 14 de diciembre de 1912 es necesario determinar la duración, plazo y condiciones de la obligación asegurada; la Resolución de 31 de enero de 1925 determina los requisitos de la hipoteca en garantía de deuda futura; la Resolución de 31 de julio de 1928 rechaza la hipoteca en garantía de deuda ajena sin expresar causa, y la Resolución de 5 de abril de 1907 no admite las cláusulas genéricas por indeterminadas —así el estipular que las fincas hipotecadas responderán de todos cuantos *gastos y desembolsos* se ocasionaren.

12. *Vencimiento anticipado por quiebra o suspensión de pagos.*

— No inscribible: Resoluciones de 5 de junio de 1987 y 27 de enero de 1986. El Seminario de Aragón recoge opiniones encontradas, fundamentándose los que no admiten su inscripción en que se conculca el derecho necesario de suspensión de pagos y es superfluo en los supuestos de quiebra y concurso (arts. 883 y 1.915 CC).

13. *Vencimiento anticipado: toma de posesión unilateral y extrajudicial de la finca por el acreedor.*

— No inscribible: Resolución de 23 de octubre de 1987. Deberá estarse a la normativa aplicable (se parece este pacto al que se establece cuando el precio aplazado de la compraventa se garantiza con condición resolutoria y se pretende extender ésta a otras obligaciones, determinándose convencionalmente las consecuencias de la resolución). Ya la Resolución de 13 de junio de 1935 rechazó la administración y posesión interina *ipso iure*.

14. *Vencimiento anticipado por transmisión de la finca sin cumplir ciertas condiciones el deudor o si lo hace por título distinto del de compraventa.*

— No inscribible: Resolución de 27 de enero de 1987. Entraña prohibición de disponer (art. 27 LH).

15. *Prohibiciones de disponer y administrar la finca hipotecada, con o sin cláusula de vencimiento anticipado.* (Vid. comentarios en nota 5.)

— No inscribible: Pacto expresamente prohibido por la ley (R. RIVAS, *op. cit.*, págs. 700 y ss.): prohibición de volver a hipotecar (artículo 107, 3, LH), prohibición de enajenar (art. 27 LH) y el pacto comisorio (art. 1.859 CC); asimismo, entiende no inscribibles los que prohíben la enajenación o el otorgamiento de *contratos inscribibles*, por ser contrarios a los artículos 107, 3, y 27 de la Ley Hipotecaria, con la salvedad de los préstamos ahorro-vivienda —donde el artículo 4, letra g), de la Orden Ministerial de 17 de octubre de 1966 establece «hasta la cancelación del préstamo no se podrá enajenar la vivienda ni alterar su destino originario»; sin embargo, CHICO Y ORTIZ (RCDI núm. 488, página 76) señala que incluso en este caso no sería inscribible, al ser una condición puramente obligacional. RAFAEL RIVAS, por otra parte, añade la no inscribibilidad de la cláusula de vencimiento anticipado por enajenación, gravamen o arriendo en base a la jurisprudencia (AMORÓS —RCDI núm. 472, pág. 774— indica que una de las mayores ventajas de la hipoteca es gravar la finca estrictamente lo necesario y no más, para que el acreedor quede debidamente garantizado, y la finalidad de este pacto excede la función de garantía).

Como es lógico, estos pactos son unánimemente rechazados. El Seminario de Valencia (*op. cit.*, pág. 688, marginal 110) recoge esta opinión, considerando no inscribibles: el de no volver a hipotecar, la prohibición de enajenar sin consentimiento del acreedor —R. 30-VI-1913—, el pacto de no arrendar —RR. 6-VII-1917 y 26-VII-1928—, el pacto de no otorgar contrato alguno inscribible —R. 9-VI-1914—, el pacto de vencimiento anticipado por enajenación, gravamen o arriendo de la finca hipotecada —RR. 25-XI-1935, 16-VI-1936 y 4-XI-1968—, las prohibiciones de disponer encubiertas bajo la forma de condición resolutoria —R. 4-XI-1968— y el de no arrendar sino en determinadas condiciones. El Seminario de Aragón (*op. cit.*, págs. 695 y ss.), por su parte, entiende no inscribible, aunque se garanticen con el vencimiento anticipado de la obligación asegurada, por pretender un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico (art. 6, 4, CC), aquellos que hacen depender el vencimiento anticipado de que los compradores, una vez enajenada voluntariamente la finca, no asuman las obligaciones personales que contrae el deudor o se nieguen a hacerlo después de requeridos, o cuando se produce por enajenación o arrendamiento sin consentimiento del acreedor. Y entiende de dudosa admisibilidad, salvo indeterminación, el pacto por el que se produce el vencimiento anticipado por pignoración o cesión de los alquileres sin consentimiento del acreedor.

Finalmente, indicar que la Resolución de 27 de enero de 1987 admite en caso de arrendamientos no sujetos a purga en supuesto de ejecución, la prohibición de arrendar sin someterse a determinadas condiciones para la fijación de renta. La prohibición de arrendar sin el consentimiento del acreedor, sin más, la rechaza (sobre esta Resolución, *vid.* GARCÍA GARCÍA, *RCDI* núm. 582, 1987).

16. *Vencimiento anticipado por expropiación forzosa total o parcial.*

— No inscribible: Seminario de Cataluña (*op. cit.*). GARCÍA GARCÍA (*RCDI*, *op. cit.*, pág. 1541) destaca la improcedencia del pacto, al tratarse de un supuesto ya regulado por el artículo 110 de la Ley Hipotecaria y 8 del Reglamento de Expropiación Forzosa, que además de innecesario genera confusiónismo en el procedimiento expropiatorio.

17. *Vencimiento anticipado por enajenación forzosa en procedimiento de apremio.*

— No inscribible: Por ser contrario a los artículos 131 y 133 de la Ley Hipotecaria (Seminario de Aragón, *op. cit.*).

18. *Entrega de capital sujeta a cumplimiento de cierta obligación.*

— No inscribible: Resolución de 5 de febrero de 1953.

19. *Vencimiento anticipado por no destinarse el capital al fin para el que se ha concedido el préstamo.*

a) No inscribible: GARCÍA GARCÍA (*RCDI* núm. 582, 1987, página 1517); porque carece de relevancia, no tiene por qué afectar a tercero, normalmente en la escritura previa de compra se dice que el precio está satisfecho, y en todo caso sólo cabría si se tratara de una institución oficial.

b) Sí inscribible: Seminario de Cataluña (*op. cit.*, marginal 306).

20. *Vencimiento anticipado por alteraciones económicas.*

— No inscribible: GARCÍA GARCÍA (*op. cit.*, pág. 1542); por ser contrario al principio de orden público económico, indeterminación frente a tercero, y dejar en manos del acreedor hipotecario la facultad de ejecución.

21. *Vencimiento anticipado por no inscripción de la hipoteca en determinado plazo.*

— No inscribible: J. M. GARCÍA GARCÍA (*op. cit.*, pág. 1538); por ser contrario a la independencia de la calificación registral, ser inoperante si la inscripción —aunque sea parcial— se produce... El Seminario de Aragón (*op. cit.*) también se muestra contrario a su inscripción por establecerse en fraude de ley (STS 22-X-1902, por analogía).

Además, si la hipoteca no se inscribe, podrá vencer el crédito, pero no la garantía. El acreedor tendría que ejercitar una acción personal. La hipoteca no existe.

22. *Facultad de inspeccionar la finca.*

— Sí inscribible: Resolución de 20 de mayo de 1987. Pacto inoperante.

23. *Facultad de determinar el acreedor por sí mismo el vencimiento por abandono o destrucción.*

— No inscribible: Personal (R 20-V-1987).

24. *Facultad de obtener el acreedor por sí segundas copias.*

— No inscribible: Por imperatividad de los artículos 1.429, 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 18 de la Ley Notarial (R. 20-V-1987). El Seminario de Valencia (*op. cit.*) indica que no es inscribible.

25. *Comisiones.*

a) No inscribible: Salvo que se determinen expresamente —cuantía a tipo—, de tal forma que la responsabilidad máxima de la finca por este concepto quede fijada con claridad (hipoteca de seguridad). La Banca oficial no tiene límite por razón de la cuantía de las comisiones y se rige por su propia normativa, a diferencia de los demás Bancos y Cajas de Ahorro que deberán sujetarse a lo preceptuado al respecto por la Orden Ministerial de Economía y Hacienda de 17 de enero de 1981.

b) Sí inscribible: El Seminario de Valencia (*op. cit.*, pág. 686) admite la inscripción del pacto adicional de percibir determinadas cantidades por comisión, al estimar que se trata de un pacto lícito cuya cuantía se fija por normas del Ministerio de Hacienda y se calcula por una sencilla operación matemática, sin que pueda incluirse la comisión en el concepto de intereses del artículo 114 de la Ley Hipotecaria y, en consecuencia, sin la sujeción al límite de los cinco años.

26. *Capital del préstamo.*

En las hipotecas ordinarias, como es sabido, lo que garantiza el derecho real es precisamente la devolución del capital prestado, devengue o no intereses. Y el capital prestado debe estar cuantitativamente determinado y de una manera inequívoca, lo que plantea una serie de cuestiones en orden a su entrega, fijación y disposición por el deudor hipotecario. Cuestiones que a continuación analizamos:

I. *Cláusula referente a la entrega.*

El Seminario de Aragón (*op. cit.*, págs. 695 y ss.) entiende que el Registrador no puede entrar a juzgar la necesidad o efectividad de la entrega, considerando la cláusula inscribible. Según esto, sería una cuestión judicial el controlar la efectividad de ésta, a efectos de que tenga virtualidad la función de garantía que la hipoteca realiza; sin embargo, sin entrega no existe causa para el préstamo ni para la hipoteca. Se plantearía el problema de la perfección del contrato, y la efectividad de la garantía estaría sujeta a la de entrega, o cumplimiento por el prestamista de su prestación, siendo quizá el Juez el más indicado para analizar la situación jurídica que se produce: el contrato existe y la garantía está constituida y supeditada a la «certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito» —como dice el art. 131, 2.^a, LH— (*vid.* R. RIVAS, *op. cit.*)

En la práctica, en casi todas las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria el prestamista hace entrega del capital al prestatario, y éste lo acepta; aunque luego se fijan una serie de reglas para la disposición del mismo en base a otro pacto, por el que el prestatario después de recibir el capital lo deposita en una cuenta corriente abierta a su nombre en el Banco acreedor, y queda limitada su disponibilidad sobre el depósito al cumplimiento de ciertas obligaciones o condiciones. A nuestro juicio, toda esta reglamentación convencional sobre la cuenta corriente debe quedar fuera del Registro, toda vez que el tercero y el propio prestatario están plenamente garantizados de que no se ejecutará la hipoteca si no se justifica la certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito; y para que esto tenga lugar es necesario que la entrega se haya materializado —con independencia del pacto personal sobre disposición de la cuenta corriente—. Es un pacto perfectamente inocuo.

Por su parte, la Dirección General, en Resolución de 5 de febrero de 1953, entiende no inscribible el pacto por el que la entrega de cantidad se sujeta al cumplimiento de cierta obligación.

II. *Facultad del acreedor de reclamar al vencimiento del crédito lo adeudado por principal e intereses.*

— No inscribibles: Resolución de 20 de mayo de 1987, por irrelevante.

III. *Vencimiento anticipado por falta de pago de los intereses y de la amortización del capital.*

— Sí inscribible: Resolución de 26 de octubre de 1973; Seminario de Aragón (*op. cit.*); obvio, si no el derecho real de garantía sería inoperante.

27. *Intereses.*

La cláusula relativa a los intereses es perfectamente inscribible siempre que se cumpla la normativa al respecto. El contrato de préstamo es, naturalmente, gratuito, desde la óptica del Derecho civil, salvo que medie pacto de retribución del capital por medio de los intereses, y asimismo, desde la óptica del Derecho mercantil. En cualquier caso, la retribución es la regla general, y los intereses forman parte de la obligación principal del prestatario —devolución del capital con los intereses pactados— que se garantiza con la hipoteca; sin embargo, la remuneración por los intereses está sujeta a una serie de limitaciones legales, que, al margen de las disposiciones económicas que los regulan y la ley de represión de la usura, nos obligan a distinguir entre intereses ordinarios o remuneratorios e intereses de demora, y dentro de los primeros, intereses ordinarios fijos y variables, así como tener en cuenta las reglas de recapitalización de intereses —anatocismo—, desde el punto de vista del Derecho registral inmobiliario, donde los principios de orden público, especialidad y publicidad, afianzan los de legalidad y seguridad jurídica (*vid.* arts. 1.740 a 1.757 CC y 311 a 319 C. de C.).

Y por ello debemos dar paso al estudio de los intereses en función de su inscribibilidad:

I. *Intereses ordinarios.*

A) *Intereses ordinarios al tipo fijo estipulado:* Artículos 12 y 114 de la Ley Hipotecaria y 220 del Reglamento Hipotecario.

a) *Especificando plazo a cuantía:* sí inscribible (si se fija plazo y cuantía, y las cifras no coinciden al realizar la operación aritmética, estaremos ante un error material; si sólo se fija el plazo y no excede de cinco años, tampoco habrá problema; y si se fija la cuantía sin señalar el plazo, ésta no podrá exceder del importe correspondiente a cinco

anualidades, conforme a los artículos 114 de la Ley Hipotecaria y 220 del Reglamento Hipotecario).

b) Sin especificar *plazo ni cuantía*: interpretación: *hasta el máximo legal*.

— M. BALLESTEROS ALONSO (BCNR núm. 229, 1986, págs. 2319 y ss.): caben dos soluciones, o inscribir la hipoteca y denegar los intereses o inscribir también los intereses indicando como *máximo legal* los dos últimos años y la parte vencida de la anualidad en curso: conforme a los artículos 114 de la Ley Hipotecaria, 1288 del Código Civil y 10, 2.º, de la Ley de Defensa de los Consumidores.

— Seminario de Cataluña (*op. cit.*, pág. 1497, marginal 296): Por máximo legal deberá interpretarse cinco años de intereses, conforme al artículo 114 de la Ley Hipotecaria.

B) *Intereses ordinarios hasta una cantidad máxima sin fijar tipo*.

— No inscribible: Artículos 114 de la Ley Hipotecaria y 220 del Reglamento Hipotecario, principio de especialidad —sería dejar su fijación al arbitrio del acreedor.

C) *Intereses ordinarios, costas y gastos en una cifra*.

— No inscribible: Resolución de 29 de octubre de 1984, principio de especialidad (arts. 114 LH y 220 RH).

D) *Intereses compensables con frutos*.

— No inscribible: Resolución de 17 de octubre de 1945; indeterminación...

E) *Intereses ordinarios al tipo variable estipulado: interés variable*.

— Sí inscribible: Si la cláusula reúne determinados requisitos.

a) Préstamo ahorro-vivienda: Es inscribible la cláusula si se fijan por disposición ministerial y se señala un máximo de responsabilidad (R. 12-IX-1972).

b) Resoluciones de 26 y 31 de octubre de 1984: Se garantizan con hipoteca de seguridad, fijando una cifra autónoma de responsabilidad y su revisión debe hacerse por disposiciones oficiales.

c) J. M. GARCÍA GARCÍA (*Código de la Legislación hipotecaria...*, citado, pág. 167; RCDI núm. 582, 1987, págs. 1464 y ss.) señala como *requisitos* que deben reunir estas cláusulas los siguientes:

- 1.º Tipo de referencia objetivo (no fijado por el acreedor).
- 2.º Máximo de responsabilidad, a efectos de tercero y de hipoteca.
- 3.º Cláusula clara y comprensible.
- 4.º Pacto de desistimiento del prestatario y notificación con garantías a éste del nuevo tipo.
- 5.º Variable al alza y a la baja.

d) Legislación aplicable: Orden Ministerial de Economía y Hacienda de 17 de enero de 1981 (debe señalarse un tipo y una causa de rescisión; artículo 131 de la Ley Hipotecaria (reformada por Ley de 14 de mayo de 1986), exige determinar con exactitud el tipo; artículo 10 de la Ley de Defensa de los Derechos de los Consumidores, artículo 219 del Reglamento Hipotecario).

e) Seminario de Valencia (*op. cit.*, pág. 686, marginal 109): Son requisitos, conforme a la doctrina que se extrae de la Resolución de 12 de septiembre de 1972, de esta cláusula: 1.º Determinar la responsabilidad máxima de la finca por este concepto. 2.º Cumplir el artículo 114 de la Ley Hipotecaria (y se cumple cuando se asegure, como máximo, el interés inicialmente pactado multiplicado por cinco).

f) Seminario de Aragón (*op. cit.*, págs. 695 y ss.): Es admisible la cláusula si la variación se determina por disposición oficial, se fija el interés al alza y a la baja, y son matemáticamente calculables.

g) RAFAEL RIVAS (*op. cit.*) distingue dos supuestos, según se fije o no por disposiciones oficiales el tipo. Así: 1.º Por disposiciones oficiales: a) Como facultad del acreedor —«el interés podrá ser modificado»: no inscribible (CHICO entiende que tampoco, por ser contrario al principio de especialidad. BCNR núm. 56, 1971). b) Variación automática por disposición oficial: I. Sólo con posibilidad de aumento: no, por ser ilícita (SSTS 21-XII-1970 y 16-VI-1973 sobre cláusulas de estabilización en arrendamientos urbanos: «...solo... alzas y bajas...»). II. Al alza y a la baja o simplemente «modificación»: sí (Resolución de 12 de septiembre de 1972 sobre préstamo ahorro-vivienda, válida, pero «sin que pueda sobrepasar el máximo de responsabilidad señalada en la escritura». TIRSO CARRETERO —citado por RIVAS— entiende que esta frase ofrece dudas, e interpreta que en perjuicio de tercero sólo garantizará el interés variable con la cifra fijada para los ordinarios. Y si no se fija un máximo de responsabilidad por intereses, la cláusula sería no inscribible, según RIVAS). 2.º Sin disposición oficial: no inscribible, porque son verdaderas cláusulas de estabilización referidas a los intereses (CHICO entiende que sí serían inscribibles, si se configura como hipoteca de seguridad. Y TIRSO CARRETERO, por su lado, la considera no inscribible por estar prohibida —prohibido lo menos; cláusula de estabiliza-

ción del capital en el cómputo de los intereses (art. 219, 3, RH)—, debe entenderse prohibido lo más —cláusula de estabilización del interés—).

h) *Seminario de Cataluña* (op. cit., marginal 315): *Interés variable atendiendo a un tipo referencial medio*: son requisitos de la inscribibilidad de esta cláusula, los siguientes: 1. Tope máximo. 2. Debería definirse el concepto de tipo referencial, o señalar la disposición oficial que lo hace, para facilitar la publicidad registral y hacerla inteligible a toda clase de personas. 3. El tipo referencial no podrá nunca referirse al de la propia entidad acreedora. 4. Es conveniente que se acredite, a efectos ejecutivos, por certificación bancaria —al modo del art. 153 LH—. Debería incluirse en la cláusula escrituraria que el tipo referencial es aquel a que se refiere el número 2 de la Orden Ministerial de Economía y Hacienda de 17 de enero de 1981 y la norma 11 de la Circular del Banco de España 13/81, de 24 de febrero.

* * *

La anterior exposición pone de manifiesto la problemática de estas cláusulas, nacidas para proteger los intereses de las entidades crediticias dentro del marco de las variables económicas, y sujetas, desde el punto de vista hipotecario, al cumplimiento de una serie de requisitos impuestos por los principios de seguridad jurídica y de especialidad, han ido desarrollándose en la práctica al margen de una normativa específica que las regule, por lo que la interpretación de la doctrina ha intentado cronológicamente llenar esa laguna a medida que se iban desdibujando. Hoy día, sin embargo, contamos con jurisprudencia al respecto —Resoluciones de 12-IX-1972, 26 y 31-X-1984— y ciertas disposiciones aplicables —si bien éstas o son generales, como la Ley de Defensa de los Derechos del Consumidor de 1984, o de carácter económico, como la Orden Ministerial de Economía y Hacienda de 17 de enero de 1981 y la Circular del Banco de España 13/81. Y precisamente a esa cronología obedecen las opiniones doctrinales antes extractadas, sin perjuicio de que en la actualidad su figuración jurídica sea más clara (en este sentido, es primordial tener en cuenta el trabajo de J. M. GARCÍA GARCÍA en la *RCDI* núm. 582, 1987, págs. 1490 y ss.).

* * *

Así pues, el estudio de las cláusulas de interés variable nos lleva a plantearnos lo siguiente: 1.º Naturaleza jurídica del interés variable. 2.º Requisitos legales de su inscribibilidad. 3.º El tipo de referencia: fijación del tipo.

La naturaleza jurídica del interés variable es la misma que la del interés ordinario; es más, entendemos aquél como una variedad o clase de éste. El interés ordinario —como resulta del propio enunciado de este apartado— puede ser fijado con un tipo inamovible durante toda la operación crediticia o con un tipo variable en función de ciertos baremos objetivos que garanticen la certeza del tipo aplicable al interés ordinario. Además ese tipo variable toma como punto de partida el interés fijo estipulado, y puede ser el resultado de añadir un índice corrector al tipo de referencia. Es decir, el interés fijo inicial es el tipo de referencia primario, que puede oscilar al alza o a la baja cuando se estipula que el interés ordinario en cada momento será el resultado de aplicar un índice corrector determinado al interés preferencial señalado por disposición oficial o por todas o algunas entidades de crédito —en cuyo caso el tipo referencial será la media aritmética del establecido por dichas entidades y, en su caso, comunicado al Banco de España. En definitiva, hay que tener en cuenta una serie de conceptos: interés ordinario estipulado con tipo fijo, interés ordinario de referencia o interés inicial, interés ordinario variable en base a ese interés inicial y en función de un tipo de referencia —que puede ser o no el interés preferencial, y que puede dar lugar o no a su corrección por un índice o a su redondeo. Así pues, habrá un tipo de referencia inicial, que es el que se toma como punto de partida, que oscilará en la medida que lo haga el tipo de referencia variable señalado, y cada vez que se aplique un nuevo tipo de interés, éste será tipo de referencia inicial del próximo que pueda tener lugar. El interés aplicable será, en consecuencia, el resultado de la combinación de dos tipos de referencia, uno inicial y otro variable fijado en atención a una serie de criterios objetivos. Luego, el interés por el que se rige el préstamo en cada momento será el que se determine por el tipo de referencia variable, que podrá ser el preferencial corregido por el diferencial (Circular 12/81, citada), y siendo necesaria la cláusula de rescisión (OM de Economía y Hacienda 17-I-1981), el interés inicial o interés de referencia inicial se tendrá en cuenta sólo en el caso de que el prestatario ajercite su facultad rescisoria; o que podrá ser el fijado por disposición oficial al respecto.

Sin embargo, las Resoluciones de 26 y 31 de octubre de 1984 entienden que si bien en cuanto a la garantía del principal puede tratarse de una hipoteca ordinaria, en cambio, respecto de la fluctuación del interés se está ante una hipoteca de seguridad que hace necesario señalar una cifra máxima de responsabilidad, y, en definitiva, sean ordinarios o no los intereses variables, al ser inaplicables los artículos 114 de la Ley Hipotecaria y 220 del Reglamento Hipotecario, es necesaria la constitución de una hipoteca de seguridad —se fija más en la varia-

bilidad que en el plazo, y le aplica analógicamente el mismo tratamiento que a los intereses de demora. Pero queda en el aire el supuesto de concurrencia de intereses ordinarios e intereses variables: ¿qué ocurriría si se garantizan con hipoteca ordinaria los intereses fijos durante los cinco primeros años y para los variables se fija un máximo de responsabilidad en los cinco siguientes? ¿No supondría transgredir la limitación del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, haciendo posible garantizar intereses por más de cinco años y además variables? ¿Se podrían garantizar ambos con una sola cifra de responsabilidad, tomando como referencia un interés superior al ordinario pactado? ¿O tendría que ser el ordinario pactado? —luego intentaremos dar respuesta a estas preguntas.

El interés variable, pues, gozando —a nuestro juicio— de la naturaleza de los intereses ordinarios, da lugar por imperativo de la Orden Ministerial de 17 de enero de 1981 a la fijación de un interés de referencia inicial —a efectos de la rescisión— y de un interés de referencia determinante del interés aplicable en cada momento, que será el interés preferencial corregido por el diferencial estipulado —conforme a la Circular citada. Y la cláusula que lo contenga —nos referimos al interés variable, claro— debe reunir una serie de requisitos magistralmente señalados por GARCÍA GARCÍA (*op. cit.*), a quien nos remitimos, y el tipo de referencia —como uno de ellos— básico para la fijación del interés debería definirse en la escritura en la forma que aconseja el Seminario de Cataluña (*op. cit.*, marginal 315); por lo que nos resta estudiar su patología en función de la cifra de responsabilidad.

* * *

(I) *Interés variable sin fijar máximo de responsabilidad.*

— No inscribible: Resoluciones de 26 y 31 de octubre de 1984; y ello aunque se garanticen con la cláusula de vencimiento anticipado —podemos añadir—. Si su fijación da lugar a una hipoteca de seguridad, ésta debe de constituirse legalmente.

(II) *Interés variable e interés ordinario en una cifra.*

Es habitual que las escrituras de préstamos con garantía hipotecaria, en la cláusula de constitución del derecho real, se digan: «... en garantía del pago... de sus intereses hasta una cantidad máxima equivalente a tres anualidades, lo que supone... pesetas», después de haber estipulado un interés ordinario a tipo fijo durante un plazo —uno, dos, tres años— y un interés variable durante el resto, provocando el impago de éste, el

vencimiento anticipado, y sin señalar ni el tipo máximo del interés variable ni el plazo.

— No inscribible: Si aplicamos la doctrina de las anteriores resoluciones.

— Sí inscribible: Si entendemos que el interés variable es interés ordinario, sujeto a la limitación del artículo 114 de la Ley Hipotecaria y 220 del Reglamento Hipotecario, y, en consecuencia, la cantidad fijada como intereses en la constitución de hipoteca cubriría alternativamente los intereses ordinarios fijos y los intereses ordinarios variables en cuanto éstos no excedan del tipo fijo pactado, por idéntico plazo y en la medida que el deudor al tiempo de la reclamación deba al acreedor una cantidad inferior a los tres años pactados para los ordinarios fijos, en perjuicio de tercero (como así interpretaba la frase recogida por la Resolución de 12 de septiembre de 1972 TIRSO CARRETERO, *vid.* R. RIVAS, *op. cit.* Para mí esta garantía alternativa guarda analogía con el fideicomiso de residuo, donde el fideicomisario sólo hereda lo que quede a la muerte del fiduciario).

También puede ocurrir que la cláusula sólo diga: «... en garantía de los intereses legalmente reclamables hasta el máximo legal...». Y este caso se estará a lo anterior, interpretando la frase «hasta el máximo legal» en el sentido antes expuesto (*vid. supra*, I, A, b). O que la cláusula, después de fijar el tipo ordinario y establecer las reglas de cálculo del variable, diga: «... en garantía de los intereses legalmente reclamables al tipo del 20 por 100...», o «... hasta un máximo de... pesetas», sin fijar tipo y por cuantía superior a la resultante de calcular la cantidad al tipo fijo durante el plazo máximo legal, sea de tres o de cinco años —por ejemplo, un tipo fijo al 14 por 100. En este caso, la inscribibilidad derivaría de la consideración del interés variable como ordinario, entendiendo que puede fluctuar del 14 al 20 por 100 —en la primera modalidad— y teniendo en cuenta el tope máximo del interés variable —en el segundo— para comprobar si se ha cumplido el artículo 220 del Reglamento Hipotecario.

(III) *Interés ordinario, interés variable e interés de demora en una cifra.*

Alude el enunciado a aquellas cláusulas que indican: «... en garantía de los intereses pactados hasta el máximo legalmente reclamable».

— No inscribible: Resoluciones de 26 y 31 de octubre de 1984, entre otras. En materia de intereses y teniendo presente lo dicho en el punto anterior, estimo que no son inscribibles las cláusulas que los determinan si no se fija su cuantía o máximo de responsabilidad, interpretando las

resoluciones sobre la materia en el sentido de que se exigen la constitución de una hipoteca de seguridad y su responsabilidad no puede englobarse con otra de distinta naturaleza, indirectamente excluyen la posibilidad de garantizarlos con la cláusula de vencimiento anticipado.

(IV) *Interés variable y costas y gastos en una cifra.*

— No inscribible: *Vid. supra* y GARCÍA GARCÍA (RCDI, pág. 1496, citada).

(V) *Interés variable y prestaciones accesorias en una cifra.*

— No inscribible: *Vid. supra*. Los intereses tienen que estar específicamente determinados y, si dan lugar a su garantía con hipoteca de seguridad, la fijación de un máximo autónomo de responsabilidad es inexcusable.

* * *

Como quiera que en orden a la admisibilidad de las anteriores cláusulas, la clave está en la naturaleza jurídica del interés variable, y siempre habrá un tipo de referencia inicial a efectos de rescisión, podría entenderse —en fórmula ecléptica— que de su configuración jurídica dependerá de la voluntad de los contratantes, según los consideren intereses ordinarios —supuesto (II)— o los separen de éstos, constituyendo una hipoteca de seguridad, al modo de los moratorios, y con independencia de que aquéllos —los ordinarios— se garanticen o no con la hipoteca ordinaria.

II. *Intereses de demora.*

Sobre la naturaleza de estos intereses, *vid.* M. BALLESTERES ALONSO (*op. cit.*) y J. M. GARCÍA GARCÍA (RCDI, cit.). Hay que fijar el tipo.

a) Englobados con *costas y gastos*: No inscribible (RR. 14-II y 15-III-1935 y 29-X-1984).

b) Englobados con *intereses ordinarios*: No inscribible; obligaciones distintas, cifra autónoma (RR. 26, 29 y 31-X-1984).

c) Englobados con *prestaciones accesorias*: ¿Sí? o ¿no? por las Resoluciones de 26, 29 y 31 de octubre de 1984. Parece lo más recomendable exigir cifra autónoma de responsabilidad.

d) Con *cifra autónoma* de responsabilidad: Sí y sin el límite de los cinco años.

e) *Sin garantía*: Obviamente, no (*vid.* Seminario de Cataluña, *op. cit.*).

f) Con «*de condición resolutoria*»: No inscribible (*vid. supra*); sin embargo, M. BALLESTEROS (*op. cit.*) entiende que sí.

* * *

Otra cuestión es la que plantea el interés de demora variable, o fijado en relación al interés ordinario variable —ocurre cuando se pacta que el interés de demora será el que resulte de añadir tres o cuatro puntos al interés variable. En este caso necesitaríamos para inscribir esta cláusula que previamente sea inscribible la de interés variable y luego que se fije un tipo máximo de interés de demora o un máximo de responsabilidad. Si no, podría generarse confusión al inscribir la referente a la demora y denegar la referente al interés variable, por ser nula o por no haberse señalado cifra de responsabilidad, pues del Registro no resultaría la determinabilidad de los intereses de demora, y si se hiciese constar la cláusula de los variables, aunque sólo al efecto de determinar los de demora, la confusión podría ser aún mayor.

* * *

En base a la determinabilidad, y a pesar de los pronunciamientos anteriores, cabría analizar la cláusula por la que se establece una cifra única para intereses, ordinarios o de demora, y en perjuicio de tercero los ordinarios se fijan al X por 100 durante tres años, siendo coincidente la cuantía de la responsabilidad total con éstos. Cabría pensar que los de demora sólo quedarían garantizados en tanto restase una cantidad, al haber pagado el deudor los ordinarios. Sin embargo, y como quiera que son obligaciones distintas, lo mejor sería exigir una cifra autónoma de responsabilidad —como hacen las Resoluciones de 26, 29 y 31 de octubre de 1984 y recientemente la de 20 de mayo de 1987—.

* * *

El pacto por el que se fija *un interés superior* desde que se inicia el procedimiento de ejecución, interés de demora al fin y al cabo, es —según el Seminario de Valencia, *op. cit.*, pág. 687— inscribible como pacto lícito y sin limitación de cuantía. En definitiva, todo dependerá de la fórmula empleada y su encuadre en la hipoteca de seguridad.

* * *

III. *Anatocismo: Pacto de capitalización de intereses.*

Capitalización de los intereses pendientes al tiempo de la reclamación o capitalizables al tiempo del devengo junto con los de demora.

— No inscribible: Resolución de 20 de mayo de 1987, sólo puede extenderse la garantía hipotecaria a los intereses dentro de los límites pactados y legales —arts. 114 LH y 220 RH—. Y ello a pesar de los artículos 317 y 319 del Código de Comercio. Sobre responsabilidad hipotecaria fluctuante hay que tener en cuenta la Resolución de 2 de octubre de 1981.

28. *Cláusulas de estabilización.*

Nos referimos a las cláusulas de estabilización del capital, reguladas con carácter restrictivo en el artículo 219 del Reglamento Hipotecario. La doctrina se ha ocupado sobradamente de ellas —ROCA, CAMY, CHICO Y ORTIZ...— antes y después de la reforma del Reglamento Hipotecario que las introduce en el número 3 del artículo 219, donde se señalan los requisitos que deben reunir —*vid.* ROCA: *Derecho Hipotecario*, tomo IV, 1.º, Ed. Bosch, Barcelona, págs. 89 y ss., ed. cit.—. La relación existente entre el interés variable y las cláusula de estabilización del interés ya ha sido sucintamente tratada —*vid.* RIVAS, *supra*—.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1966 (*vid.* ROCA, *op. cit.*, pág. 88; Aranzadi núm. 305) declara que «... a través de la cláusula *rebus sic stantibus* la doctrina jurisprudencial patria ha elaborado la teoría de la llamada cláusula de estabilización o compensación, tendente a corregir la injusticia que represente en los negocios a largo plazo el mantener inalterable una contraprestación cuando fluctuaciones económicas han imprimido cambio radical y sensible que hace desmerecer el valor monetario que representa el precio...», deslindándolas de los pactos que simplemente pretendan alcanzar un aumento de la cuantía de las prestaciones de una manera fija, progresiva e indefinida (ROCA, *op. cit.*, pág. 88). Y, reconocida la licitud de éstas (STS 4-I-1951), sólo se admiten —*ex* arts. 12 LH y 219 RH y RR. 3 y 4-III-1952— las que rigurosamente se adapten al artículo 219, 3, del Reglamento Hipotecario, salvo lo dicho sobre los préstamos ahorro-vivienda —R. 12-IX-1972—. (*Vid.* R. RIVAS, *op. cit.*, págs. 700 y ss.; TIRSO CARRETERO, *RCDI* núm. 494, pág. 172.)

29. *Costas y gastos judiciales.*

Las costas y gastos judiciales son susceptibles de garantizarse con hipoteca de seguridad, señalando un máximo de responsabilidad de la

finca hipotecada por este concepto, conforme en distintos pronunciamientos, entiende la Dirección General. Otra cosa distinta es querer englobar la responsabilidad por costas y gastos con otras responsabilidades de distinta naturaleza, así como es curioso observar que al surgir de la ejecución hipotecaria, cuando se hace efectiva la garantía, nunca se haya pretendido incluir su responsabilidad con la cifra correspondiente a capital e intereses ordinarios; ya que en el primer caso se imposibilitaría la propia ejecución, al no existir certeza de la deuda exigible, y en el segundo colisionaría con el límite legal de los artículos 114 de la Ley Hipotecaria y 220 del Reglamento Hipotecario. En definitiva, su estudio se reduce a analizar las fórmulas que pueden emplearse para fijar la responsabilidad garantizada por este concepto. A saber:

A) *Cifra única de responsabilidad para intereses, costas y gastos.*

— No inscribible: Resoluciones de 29 de octubre de 1984, 14 de febrero y 15 de marzo de 1935 y la doctrina; aquí no cabe por inapropiado plantear su garantía con el pacto de vencimiento anticipado —la obligación ya ha vencido—.

B) *Hipotecadas varias fincas, ¿pueden pesar las costas y gastos sólo sobre una de ellas?*

— Sí inscribible: Resolución de 19 de febrero de 1904 (*vid.* ROCA-MOLINA: *Jurisprudencia Registral*, Ed. Bosch).

C) *Cifra única de responsabilidad para costas, gastos y prestaciones accesorias (u otros gastos).*

— Sí inscribible: Resolución de 23 de octubre de 1987, si puede englobarse la responsabilidad con otros gastos, derivados de obligaciones de pago de la prima del seguro, anticipos preferentes a la hipoteca, gastos de comunidad y otros análogos, porque atienden a asegurar la obligación garantizada y a su efectividad —analogía con el artículo 6 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria—. Como vemos, en este supuesto se individualiza la obligación y se asegura con una cifra de responsabilidad, no con una cláusula de vencimiento anticipado. Es admisible, aunque ofrece dudas englobar obligaciones de naturaleza tan distinta, tan sólo unidas por su carácter accesorio.

— No inscribible: En el caso de que la cifra única de responsabilidad se establezca en garantía de «... en general los gastos de esta operación satisfechos por el prestamista...» (R. 23-X-1987). Habría que especificarlos uno por uno.

30. *Pactos sobre extensión de la hipoteca.*

A) *Extensión a edificaciones.*

Artículo 110 de la Ley Hipotecaria: «... se entenderán hipotecadas juntamente con la finca, aunque..., siempre que correspondan al propietario... mejoras... que no consistan... en nueva construcción de edificios...», salvo que medie pacto expreso.

a) Sin pacto expreso: artículo 110 de la Ley Hipotecaria.

Vid. BONILLA ENCINA (BCNR núm. 58, 1971; TYNC del BCNR, cit., pág. 264, marginal 56, tomo I).

La ausencia de pacto expreso extensivo a las nuevas edificaciones plantea una serie de dudas. Pues si se hipoteca el suelo, y ésta no se extiende al vuelo, ¿qué ocurriría en caso de ejecución?, ¿se ejecutará sólo el suelo y se adjudicará, creando —como dice BONILLA— imperativamente un derecho de superficie?, ¿superficie no sujeta a plazo?, ¿y si el edificio se divide horizontalmente y el suelo es elemento común no enajenable por separado?, ¿se ejecutará la hipoteca sobre todo (artículo 113 LH) y el dueño del vuelo tendrá preferencia para cobrar el importe de las edificaciones, aunque no se cubra el crédito del actor?... Estas preguntas se las hace BONILLA para destacar la confusa redacción del artículo 110 y las dificultades que de él derivan en orden a la seguridad y claridad de los expedientes de viviendas de protección oficial. Por mi parte, creo que los principales problemas serían extrarregistrales, ya que por el principio de accesión y por la regulación de la superficie en el artículo 16 de la Ley Hipotecaria, parece claro que el título de propiedad sobre la edificación en base al derecho que le conceda el dueño del suelo no sería inscribible, salvo que se constituyera un derecho de superficie conforme al artículo 16, 1, del Reglamento Hipotecario —no podría constituir un derecho de elevación, pues al dar lugar a la constitución forzosa del régimen de propiedad horizontal, el suelo hipotecado como elemento común quedaría vinculado al edificio, y sin suelo no hay propiedad horizontal, aparte de que el artículo 16, 2, del Reglamento Hipotecario presupone la existencia de un edificio, tanto en la sobreelevación como en la subedificación, y en cuanto la hipoteca afectase al suelo de la propiedad horizontal, debería consentir el acreedor hipotecario en la constitución del régimen a efectos de modificar la hipoteca y que sólo gravitase sobre los elementos privativos y cuotas del deudor hipotecario. En los demás supuestos estaríamos ante la patología de la cesión, y sería el Juez, si admite la tercería de dominio sobre la edificación, quien decidiera sobre los derechos del edificante.

b) Con pacto expreso: artículo 110 de la Ley Hipotecaria.

(I) *Extensión a edificaciones realizadas por el deudor.*

— Sí inscribible: Resolución de 23 de octubre de 1987.

(II) *Extensión a las edificaciones realizadas por cualquier persona o tercer poseedor.*

— No inscribible: Resolución de 23 de octubre de 1987.

(III) *Extensión a las edificaciones sin especificar quién las realice.*

— Sí inscribible: Ya que se entendería conforme al artículo 110 que se refiere a las realizadas por el prestatario. El artículo 110 dice: «... siempre que correspondan al propietario...».

* * *

ROCA SASTRE (*Dictámenes jurídicos, cit.*, Ed. Bosch, dictamen número 100, pág. 1071), por su parte, entiende que la problemática del artículo 110 queda superada por el pacto expreso de extensión de la hipoteca a las nuevas edificaciones.

B) *Extensión a las indemnizaciones por seguro.*

La extensión a estas indemnizaciones que recoge el artículo 110, 2, de la Ley Hipotecaria no ofrecen mayor problema, es una aplicación del principio de subrogación, y dependiendo del deterioro del bien hipotecado, dará lugar o no a la ampliación de hipoteca o a la resolución del contrato. Hay que tener en cuenta en esta materia los artículos 40 a 42 de la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980, las Resoluciones de 15 de junio de 1929 y 19 de noviembre de 1943, las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1973 y 22 de octubre de 1983 y el comentario a este artículo 110, 2, de GARCÍA GARCÍA (*Código de la Legislación Hipotecaria, cit.*).

Cuestión aparte es la de la obligación impuesta al prestatario de suscribir una póliza de seguro de vida designando como beneficiario al prestamista, pacto que, en principio, parece lícito, pero de naturaleza personal y que no tiene nada que ver con la garantía hipotecaria —por lo que lo entendemos no inscribible, y de dudoso aseguramiento a través de la hipoteca de máximo, a menos frente a tercero que no asuma la obligación personal, pues sería un medio indirecto de obligarle a ello, y su finalidad no atiende a la conservación de la garantía, participando frente al Registro del *status* de la fianza personal o el aval bancario.

C) *Extensión a las indemnizaciones por expropiación forzosa.*

El otro supuesto contemplado en el artículo 110, 2, de la Ley Hipotecaria, que no plantea especiales dificultades, como no sea la admisión del pacto por el que si se produce la expropiación, y el acreedor no se reintegra de la total prestación asegurada, el deudor venga obligado a la ampliación de hipoteca. Obligación que sólo tendría interés en el caso de expropiación parcial, pues si es total hecho efectivo el derecho de realización de valor, cubra o no el crédito asegurado, al acreedor no le queda otra que ejercitar la acción personal contra el deudor.

31. *Responsabilidad hipotecaria fluctuante.*

— No inscribible: Resolución de 2 de octubre de 1981, sobre hipoteca en garantía de un préstamo en moneda extranjera. La cifra de responsabilidad no puede ser fluctuante y que se determine en el futuro con arreglo a la cotización o cambio que resulta en el día del vencimiento de la obligación asegurada, sino que ha de aparecer plenamente determinada al constituirse la hipoteca. (*Vid. AMORÓS-PAU: Jurisprudencia Registral*, Ed. Tecnos, pág. 389).

32. *Certificación bancaria para determinar la deuda en las hipotecas ordinarias.*

¿Es aplicable el artículo 153 de la Ley Hipotecaria a las hipotecas ordinarias y, en su caso, a las hipotecas de seguridad?

— No inscribible: GARCÍA GARCÍA (*RCDI*, op. cit., pág. 1530), sólo es admisible en el caso del artículo 153 de la Ley Hipotecaria (interpretación restrictiva).

33. *Subrogación: Pacto de asunción de deuda.*

Los artículos 118 de la Ley Hipotecaria y 230 y 231 de su Reglamento se ocupan de la asunción de deuda, distinguiendo dos supuestos según se haya pactado o no en el contrato de compraventa de la finca hipotecada la subrogación del comprador en la obligación personal derivada del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, ya que la subrogación en la carga se produce en todo caso. Determinándose, en ambos supuestos, la eficacia de la asunción de deuda, y la necesidad del consentimiento expreso o tácito del acreedor a la misma para el supuesto de que se haya incluido dicho pacto en la compraventa. Y ello da lugar en la práctica a la inclusión u omisión de cláusulas sobre la materia en los contratos de préstamo con garantía de hipoteca, a saber:

A) *Pacto por el que el acreedor consiente anticipadamente la asunción de deuda por el comprador o compradores futuros de la finca hipotecada.*

— Sí inscribible: Pacto válido con trascendencia frente a tercero.

B) *Subrogación forzosa en la obligación personal: BHE.*

— Sí inscribible en el caso del *Banco Hipotecario de España*, por imperativo legal —art. 95 de los Estatutos del BHE, RD 3-XI-1928, artículo 36 de la Ley de 2-XII-1872 y art. 13 del RD de 4-VIII-1928—. La subrogación es real y personal —STS 19-XII-1972; Aranzadi, *Leyes Hipotecarias*, ed. 1977—, forzosa y automática, por lo que sería indiferente la inclusión o no del pacto, pudiéndose excluir de la inscripción —si bien entendemos que si consta en la escritura es mejor inscribirlo, pues potencia la publicidad registral frente a cualquier interesado en conocer la situación jurídica de la finca, perito o lego en derecho.

Vid. GARCÍA GARCÍA: *Código de la Legislación Hipotecaria*, cit., página 58.

C) *Subrogación en caso de viviendas de protección oficial*

El artículo 6 del Real Decreto 3280/1983 dispone que la subrogación del nuevo adquirente en la obligación personal requiere la notificación al acreedor y cabría interpretar que la subrogación se produce en todo caso mediante el consentimiento tácito del acreedor —*vid.* art. 7, 1, del citado RD— o forzoso en la medida que la norma sólo prevé la notificación, no exigiendo el consentimiento del acreedor. El comprador está obligado a informar al Banco, pero nada más; o ¿acaso se establece para que al tener conocimiento el acreedor pueda oponerse? o ¿debe limitarse exclusivamente a examinar si el adquirente se encuentra dentro de los supuestos prevenidos legalmente? (*Vid.* art. 29 del RD 3148/1978, de 10 de noviembre; *Legislación de viviendas de protección oficial*, MOPU, ed., Madrid, 1982, pág. 45; *vid.* GARCÍA GARCÍA, *Código Civil*, página 405).

D) *Pacto por el que se faculta al acreedor para dar por vencido el préstamo si el hipotecante enajena la finca sin haberse establecido en el acto de enajenación dicha asunción o asunción en el débito hipotecario por el nuevo adquirente.*

— No inscribible: Dirección General, carece de eficacia. Roca (*Dictámenes jurídicos*, cit., dictamen 100, págs. 1071 y 1072) añade que, no obstante, debería admitirse el pacto en el caso de una Caja de Ahorro, por cuanto el BHE goza *de iure* de esta subrogación. Ahora bien,

nosotros entendemos que es distinta una subrogación forzosa y automática —BHE— de un pacto de vencimiento anticipado, ya que en el caso del BHE el adquirente se subroga, quiera o no, y no el otro, se trata de una imposición convencional que nunca por supuesto daría lugar al vencimiento anticipado por incumplimiento del pacto enunciado. Tal vez ROCA SASTRE se refiera exclusivamente al pacto de subrogación sin más. También admite el pacto de una cláusula penal, en caso de que la subrogación no se imponga al adquirente, pudiendo optar el acreedor por la resolución o por la pena (*vid. infra*, asunción de deuda en caso de hipoteca en garantía de rentas..., núm. 44).

34. *Pacto por el que se establecen condiciones que impiden o dificultan la ejecución de la hipoteca.*

La cláusula decía textualmente (ROCA *op. antes cit.*, dictamen 105, página 1099 y ss.): «... La exigibilidad de esta obligación que se constituye estará subordinada a la condición de que se acredite fehacientemente que la finca hipotecada tiene una cabida inscrita de 17 hectáreas, según el Registro de la Propiedad, a virtud del correspondiente expediente de dominio...».

ROCA considera dicha cláusula válida por el artículo 1.255 del Código Civil, calificándola de obligación principal sujeta a condición suspensiva que impide la ejecución hipotecaria; sin embargo, advierte —página 1102, *op. cit.*— que en la realidad judicial se incoó el procedimiento sin hacer caso de la condición suspensiva. No obstante, este supuesto plantea la duda de su admisibilidad, ya que el expediente de dominio sólo puede instarlo el propietario y no el acreedor hipotecario; y dejar su instancia al arbitrio del deudor convertirá la condición en potestativa. Otra cuestión es que se hubiese supeditado al cumplimiento de esa condición la entrega del capital o la propia obligación, ya que en este caso sí se hace depender el nacimiento de la obligación de una condición suspensiva; y, en consecuencia, la efectividad de la hipoteca.

35. *Pacto sobre domicilio para requerimientos y notificaciones en el procedimiento ejecutivo extrajudicial.*

A pesar de la analogía existente con el procedimiento judicial sumario, el artículo 130 de la Ley Hipotecaria no puede aplicarse al procedimiento extrajudicial. Las normas imperativas del judicial sumario deben interpretarse restrictivamente, ya que si bien en un principio se entendió que el pacto era válido —R. 4-VIII-1939—, tras la reforma del Reglamento Hipotecario la exclusión de un domicilio legal en el extrajudicial obedece a que se quiere que el domicilio sea el real —y no

el legal ni el fijado convencionalmente—. Así lo entienden LA RICA, ROCA SASTRE y RAFAEL RIVAS —*op. cit.*—, entre otros.

36. *Obligaciones personales y prestaciones accesorias.*

Sabido es que los derechos personales no tienen acceso al Registro de la Propiedad, conforme a los artículos 7 y 9 del Reglamento Hipotecario, y, de haber sido inscritos, son cancelables, según recogen los artículos 98 de la LH y 51 y 353 de su Reglamento; y que en el caso del préstamo con garantía hipotecaria se inscribe la garantía y aquellos pactos, obligaciones y prestaciones de naturaleza personal que deben constar en el Registro para que la función aseguradora de la hipoteca sea posible. O sea, que si bien la hipoteca como garantía es accesorio del contrato principal, desde el punto de vista registral, al ser objeto de inscripción el derecho real, el derecho personal sólo accederá a él en cuanto sea imprescindible para configurar la garantía —el derecho personal, contrato de préstamo, será inscribible en función del derecho real, la hipoteca—. *Vid.* GUILARTE (*Comentarios al Código Civil*, T. XIII, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, ed. 1980) sobre la configuración jurídica de la hipoteca.

Y teniendo claro lo anterior, en la práctica el contrato de préstamo con garantía de hipoteca presenta en su contenido personal un entramado de obligaciones y prestaciones accesorias de la obligación principal asegurada, de distinta naturaleza y finalidad, que desdibujan la contraprestación del prestatario y el propio derecho real de hipoteca, en cuanto la ejecutabilidad de ésta se haga depender de obligaciones sin causa o del incumplimiento de obligaciones no aseguradas específicamente, que extralimitan la obligación de conservación de la finca hipotecada impuesta al deudor para la total eficacia del derecho de realización de valor —que es la hipoteca—, llegándose *de facto* a potenciar de tal forma la posición del acreedor, que bien pudiera pensarse que la ejecución queda a su arbitrio, y que la garantía constituida no es sólo una hipoteca, sino también una prenda sin desplazamiento de la posesión, sin perjuicio de la licitud de estas obligaciones y prestaciones que encajan dentro de las llamadas condiciones generales de contratación, propias de los contratos tipo o de adhesión, y quizá, sin tanto, el acreedor quedaría igualmente asegurado.

La problemática registral sobre la materia —excluidos los derechos personales— gira en torno a la cláusula de vencimiento anticipado y su naturaleza jurídica, de la que ya nos hemos ocupado en los comentarios contenidos en la nota 5, así como la licitud o ilicitud de las obligaciones modales en un contrato oneroso, según vimos; que si plantean diversas cuestiones en los contratos gratuitos —donde se admiten—,

mayores son aún en los onerosos —donde se rechazan—, y no es la menor de ellas su distinción de la condición resolutoria («... La diferencia entre la condición y el modo, aplicada al Derecho sucesorio, es clara, pues el evento de que depende o constituye la condición, vivifica o extingue, según su clase, el propio derecho hereditario y no implica obligación o cargo para el sucesor potencial o actual, al pago que, en el modo, no hay obstáculo ninguno para que, el heredero o legatario, entre en posesión de los bienes que les corresponden y de los que adquieren el dominio, aunque deban cumplir el fin, destino o cargo que impuso el testador...» (STS 18-XII-1965); y dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1965: «... La institución modal es aquella en que el testador impone al heredero instituido o al legatario la obligación de hacer u omitir algo para una finalidad determinada pudiendo consistir en una carga real o meramente personal, pero sin atribuir a un tercero el derecho a exigir para sí la prestación, pues en este supuesto se estaría ante un legado...». (Vid. BONET CORREA, J.: *Código Civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina*, tomo III, Ed. Civitas, Madrid, 1987, pág. 335.)

Así pues, nos limitaremos a extractar algunas opiniones:

A) *Seminario de Valencia* (op. cit., pág. 690); son pactos personales:

1.º La obligación de conservar la finca con la diligencia de un buen padre de familia.

2.º La de asegurar la finca contra cualquier riesgo y pagar las primas del seguro.

3.º Pagar las contribuciones, impuestos y gastos.

4.º La facultad de obtener el acreedor una segunda copia de la escritura de hipoteca.

5.º Dar por vencida la obligación si se denegare o suspendiere la inscripción.

6.º Llevar la contabilidad con los requisitos que impone una buena administración, y permitir el deudor la inspección de los libros de contabilidad.

7.º Realizar lo necesario para obtener la concordancia entre el Registro y la realidad física.

8.º Derecho a inspeccionar la finca.

Dichos pactos sólo serán inscribibles si su incumplimiento produce el vencimiento anticipado de la obligación asegurada, a excepción de los contenidos bajo los números 4.º y 5.º, y añade un buen comentario: «... justificar la certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito se de-

muestra con suma facilidad en la falta de pago, pero no en las demás causas de incumplimiento de la obligación... habría que acudir necesariamente a los juicios declarativos...» (¿y si el deudor paga la prima del seguro y no lo acredita ante el acreedor?, ¿y si cambia de compañía?, ¿cómo demuestra el acreedor ante el Juez el impago?, ¿por silencio del deudor?, ¿por ignorar el acreedor el domicilio real del tercer poseedor?... Por eso decíamos antes que el acreedor puede quedar plenamente garantizado, sin tanto pacto, y en el caso del seguro, constituyendo una hipoteca de máximo).

B) *Seminario de Aragón* (*op. cit.*, págs. 695 y ss.): Las obligaciones accesorias son aquellas obligaciones —que en unos casos son directamente traducibles en metálico, en otros lo son más indirectamente y en otros se trata de auténticas obligaciones de hacer— que surgen alrededor de la dineraria principal, asegurando y completando ésta (por ejemplo: intereses moratorios, intereses de gastos, gastos de escritura..., aseguramiento del bien hipotecado, reintegro de gastos satisfechos por el acreedor en nombre del deudor...). Son obligaciones lícitas, pero esto no basta; «... para que la efectividad de la hipoteca les alcance... es preciso... que se exprese el importe de las obligaciones aseguradas o la cantidad máxima de que responda la finca hipotecada por tales obligaciones accesorias o complementarias. Con las fórmulas actuales usuales... debería denegarse la inscripción de todas estas cláusulas... Se habla... de en garantía del capital prestado, intereses, costas y gastos... quedan fuera... O bien se dice en garantía de todas las obligaciones contraídas en este acto, pero luego sólo se habla de responsabilidad... por capital, intereses, gastos y costas, con lo que falta... el importe o la cantidad máxima por la que responde la finca con respecto a tales obligaciones accesorias...». El Seminario de Aragón aludido, respecto de las cláusulas de vencimiento anticipado, entiende que son pactos lícitos, conforme al artículo 1.129 del Código Civil, salvo que se pretenda un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, e inscribible o no inscribibles según el contenido de cada una de ellas, y en los términos que ya expusimos con anterioridad.

C) RAFAEL RIVAS (*op. cit.*, págs. 700 y ss.) parece admitir la inscripción de las cláusulas de vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones estrictamente personales, al reforzarse con la condición resolutoria —siguiendo a CHICO Y ORTIZ—.

* * *

Sobre la cifra de responsabilidad en el caso de que las prestaciones accesorias se garanticen con hipoteca de seguridad, ya hemos tratado anteriormente. Las obligaciones tienen que estar bien determinadas y

suele admitirse —así, R. 23-X-1987— una cifra única para todas ellas, incluso conjunta con la de costas y gastos judiciales, lo que no deja de producir cierta indeterminación descartable.

37. *Cesión del crédito hipotecario: pacto de renuncia anticipada a la notificación.*

— Sí inscribible: Artículo 242 del Reglamento Hipotecario (*vid.* artículos 149 a 152 LH y 242 a 244 RH).

En esta materia, la regla general se recoge en el artículo 149 de la Ley Hipotecaria, y la excepción en su artículo 150. Y ello plantea dos cuestiones:

1.^a ¿Debe aplicarse el artículo 150 a la hipoteca cambiaria? GARCÍA GARCÍA (*Código de la Legislación Hipotecaria*, cit.) advierte el carácter de título transmisible por endoso de la letra de cambio, sin embargo, y teniendo en cuenta la jurisprudencia registral sobre la hipoteca cambiaria, que si bien aplica supletoriamente el artículo 154 de la Ley Hipotecaria a esto, no llega su equiparación plena, y siendo una figura carente de regulación, cabría interpretar restrictivamente el artículo 150 de la Ley Hipotecaria y exigir la notificación al deudor o el pacto de renuncia. Tal vez la transmisibilidad cualificadora de la letra de cambio requiera la aplicación del artículo 150 de la Ley.

2.^a ¿Al suprimir el artículo 150 de la Ley la notificación al deudor y la constancia registral de la cesión impone que no se practique asiento alguno de cesión a petición del cesionario? Entendemos que sí, a pesar de ser una hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador o de una hipoteca cambiaria, si el nuevo acreedor endosatario hace constar la cesión en escritura pública y solicita su inscripción, deberíamos inscribir la cesión en cuanto potencia la publicidad registral y a nadie perjudica, y sin que ello suponga que no existen otras cesiones ulteriores. A igual solución llegamos si se pacta en la escritura la necesidad de que se haga constar la cesión en el Registro, sin que ello prive de eficacia a la cesión extrarregistral —aunque en este caso podría interpretarse como pacto personal lícito no inscribible por inoperante, ya que la publicidad registral podría confundir al tercero, confundir y no perjudicar, en cuanto el acreedor será siempre el tenedor.

38. *Pacto de renuncia a la cancelación parcial.*

a) No inscribible: Artículo 124 de la Ley Hipotecaria, Resolución de 25 de noviembre de 1935.

b) Sí inscribible: Es válido el pacto si no se permite el pago par-

cial, por no pactarse nada o por pactarse así expresamente (art. 1.169 del CC), quedando sujeta su eficacia —en todo caso— a lo prevenido por los artículos 123 y 124 de la Ley y 221 de su Reglamento (caso de que se divida la finca hipotecada y pase una de ellas a tercer poseedor, o bien se hipotequen varias fincas).

RAFAEL RIVAS (*op. cit.*, pág. 2011) piensa que su admisibilidad depende de que se haya pactado o no en la escritura de hipoteca que el acreedor queda obligado a recibir pagos parciales, con la salvedad de que la finca se divida y pase a tercer poseedor (arts. 211 RH y 123 y 124 LH). Así lo entienden también CAMY y ROCA (*ops. cit.*): no es válido el pacto si se permite el pago parcial. Por su parte, la Dirección General, en Resolución de 27 de agosto de 1912, admite el pacto de pago parcial con subsistencia íntegra de la garantía hipotecaria.

39. *Aceptación de la hipoteca: ¿Expresa o tácita?*

¿Es necesaria la fórmula sacramental «acepta» la hipoteca el acreedor y el préstamo el deudor, o el contrato garantizado en todos sus términos, o puede admitirse como aceptación la comparecencia del acreedor o deudor o sus representantes y la ratificación del íntegro contenido de la escritura ante el Notario?

CAMY (*op. cit.*, t. VI, pág. 562) destaca la necesidad de la aceptación, aunque la misma se produzca en distintos momentos (STS 7-XII-1966), incluso habla de la aceptación tácita del deudor en algunas hipotecas a favor de los Ayuntamientos o del Estado.

40. *Renuncia al reembolso anticipado del crédito, total o parcial.*

El pacto, en principio, parece lícito e inscribible, ya que el plazo en las obligaciones se entiende, salvo que se exprese otra cosa, establecido a favor del deudor y del acreedor. Hoy día es habitual este pacto en las escrituras del Banco Hipotecario de España (*vid.* art. 1.127 CC).

41. *Hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito. Requisitos: Características: Artículo 153 de la Ley Hipotecaria.*

1.º La cantidad máxima de responsabilidad puede incluir principal, intereses y costas (*vid.* ROCA, *Derecho Hipotecario*, cit., t. IV, vol. 2.º, páginas 791 y 806).

2.º Debe fijarse el tipo de los intereses (CAMY, *op. cit.*, t. IV, página 884), y no cabe la ejecución parcial por intereses no satisfechos (CAMY: esto sólo da lugar a un asiento de cargo en la cuenta corriente de crédito).

3.º Conforme al artículo 153 de la Ley Hipotecaria, debe constar expresamente si el plazo es o no improrrogable. MIGUEL VAQUER (BCNR, número 232, marzo de 1987) interpreta este artículo en el sentido de que el plazo debe entenderse improrrogable si no se pacta lo contrario, es decir, si no se hace constar expresamente la prórroga o si se omite el carácter del plazo.

42. *Hipoteca en garantía de operaciones bancarias.*

Es una hipoteca distinta de la hipoteca en garantía de cuentas corrientes, según advierte la Resolución de 16 de junio de 1936, y goza de la naturaleza de las hipotecas de máximo, a juicio de M. VAQUER (*op. cit.*).

43. *Hipoteca en garantía de varias deudas.*

— No inscribible: Seminario de Cataluña (Circular del CEH número 11, 1988); no puede pactarse una hipoteca en garantía de varios créditos, sin perjuicio de poderse pactar varias hipotecas con simultaneidad de rango, siendo un caso distinto de la hipoteca en garantía de una deuda constituida a favor de varios acreedores. Ya un seminario anterior (*op. cit.*, pág. 1515, marginal 330) destacaba, en este caso, la necesidad de especificar cuando se hipotequen varias fincas, al distribuirse la responsabilidad, por qué cantidad responde de cada crédito.

44. *Hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas: validez del pacto que excluya la asunción de deuda.*

— No inscribible: F. RODRÍGUEZ LÓPEZ (*Reflexiones y problemas prácticos inmobiliarios*, Ed. Hesperia. Madrid, 1981, págs. 163 a 165, ficha 30) por dos motivos, uno teórico y otro práctico». Si el carácter *propter rem* del cual deriva el efecto asuntivo, es consustancial a la renta vitalicia, de tal modo que constituye un elemento integrante de su propia naturaleza jurídica, fatalmente ha de concluirse la invalidez del convenio que pretenda eliminar aquel esencial elemento...», y además, «... si la asunción de deuda derivada del artículo 157 debe considerarse establecida en beneficio de alguien es el acreedor de la renta; la adherencia de la obligación al inmueble es su mejor garantía... el convenio no puede prosperar..., a menos que el acreedor hipotecario lo consienta...».

* * *

Y con esto damos por concluido el presente estudio, que pretende la adopción en la calificación registral no ya de un uniformismo utópico

y rutinario, por demás empobrecedor del desarrollo jurídico de las instituciones, siquiera de unos principios generales unitarios e informadores de la función calificadora.

LUIS MARÍA CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA
Registrador de la Propiedad

BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO GARCÍA: *Comentarios al Código Civil*, t. X, vol. 2, Ed. Revista de Derecho Privado, ed. 1984, Madrid.
- AMORÓS GUARDIOLA: «El leasing inmobiliario...», en *RCDI*, núm. 569, 1985, páginas 863 a 926.
- AMORÓS GUARDIOLA y PAU PEDRÓN: *Código Civil con concordancias, jurisprudencia*
- AMORÓS GUARDIOLA y PAU PEDRÓN: *Jurisprudencia Registral*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986.
- BONET CORREA: *Código Civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina*. t. III, Ed. Civitas, Madrid, 1987.
- BONILLA ENCINA: Trabajos y Notas de Colaboración (TYNC del BCNR), en *BCNR*, número 58, 1971, pág. 264.
- CHICO y ORTIZ: *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, t. II, Ed. M. Pons, Madrid, 1982.
- *Complemento al Derecho Hipotecario*, Ed. Montecorvo, ed. 1974.
- CENTRO DE ESTUDIOS HIPOTECARIOS: TYNC del BCNR, t. I, pág. 989.
- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, t. VI, Ed. Aranzadi, 1982, ed. 1983.
- DÍEZ-PICAZO: *Estudios sobre jurisprudencia civil*, vol. 2, Ed. Tecnos, Madrid, 1975.
- BALLESTEROS ALONSO: «Dos notas sobre intereses...», en *BCNR*, núm. 229, 1986, página 229.
- FERNÁNDEZ DE ARÉVALO y DELGADO: *Comunicaciones al VI Congreso Internacional de Derecho Registral*, Ed. CEH del CNR, 1985.
- GARCÍA GARCÍA: *Código de la Legislación Hipotecaria y del Derecho Mercantil*, Ed. Civitas, Madrid, 1986.
- «Un problema de hipoteca...», en *RCDI*, núm. 582, 1987, págs. 1463 y ss.
- GUILARTE ZAPATERO: *Comentarios al Código Civil*, t. XXIII, Ed. Revista de Derecho Privado, ed. 1979-80, págs. 352 y ss. y 466 y ss.
- ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, t. IV, 1.º, Ed. Bosch, Barcelona, ed. 1979.
- *Dictámenes jurídicos*, t. II, Ed. Bosch, Barcelona, ed. 1984.
- ROCA SASTRE y MOLINA JUYOL: *Jurisprudencia Registral*, Ed. Bosch, ed. 1980.
- RIVAS, R.: TYNC del BCNR, págs. 700 y ss.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, F.: *Reflexiones y problemas prácticos inmobiliarios*, ficha 30, Ed. Hesperia, Madrid, 1981, págs. 163 a 165.
- PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, t. I-2, III, Ed. Bosch, Barcelona, ed. 1983.
- SEMINARIO DE ARAGÓN: TYNC del BCNR, años 1966-1985, Ed. CNR, Madrid, págs.
- SEMINARIO DE CATALUÑA: TYNC del BCNR, años 1966-1985, Ed. CNR, Madrid, páginas 1491 y ss.
- SEMINARIO DE VALENCIA: TYNC del BCNR, años 1966-1985, Ed. CNR, Madrid, páginas 686 y ss.
- VAQUER, M.: «Hipoteca en garantía de...», en *BCNR*, núm. 232, marzo de 1987, páginas 441 y ss.
- Textos legales (Código Civil —Cc—, Código de Comercio —Cco—, Ley Hipotecaria —LH—, Reglamento Hipotecario —RH—...).
- Boletín Oficial del Colegio Nacional de Registradores (BCNR).*

Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI).
Comentarios a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del
Notariado publicados en la *RCDI* (1969-1982), Ed. CEH del CNR, Madrid.
1988, págs. 423 y ss. (Comentarios a la Resolución de 12-IX-1972, por TIRSO
CARRETERO).