

II. Resoluciones de la Dirección General

Por CÉSAR GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ SAAVEDRA y
JUAN PABLO RUANO BORRELLA

EN LAS CLAUSULAS DE INTERES VARIABLE DEBE FIJARSE CLARAMENTE EL MAXIMO DE RESPONSABILIDAD, SEA EN CANTIDAD O EN PORCENTAJE. NO ES ADMISIBLE MEZCLAR LOS INTERESES REMUNERATORIOS Y LOS MORATORIOS. TAMPOCO LO ES LA FORMULA GENERICA SEGUN LA CUAL LA HIPOTECA GARANTIZA «EN GENERAL LOS GASTOS DE ESTA OPERACION QUE, SIENDO A CARGO DE LA PARTE PRESTATARIA, HAYAN SIDO SATISFECHOS POR EL PRESTAMISTA». NO ES INSCRIBIBLE EL PACTO OPUESTO AL ARTICULO 112 DE LA LEY HIPOTECARIA DE QUE LA HIPOTECA SE EXTIENDA A MEJORAS O EDIFICACIONES COSTEADAS POR UN TERCER POSEEDOR DE LA FINCA (RESOLUCIÓN DE 23 DE OCTUBRE DE 1987. «BOE» DE 18 DE NOVIEMBRE).

INTRODUCCIÓN

La importancia de la resolución citada, por la abundancia y enjundia de la doctrina que sienta respecto a la calificación de las actuales fórmulas bancarias de hipoteca, ha provocado ya que numerosos compañeros me hayan formulado, como autor de la calificación que motivó el recurso, la petición de algunos datos complementarios. En efecto, no obstante la admirable labor de síntesis realizada por el Centro Directivo para exponer los prolijos antecedentes de hecho y condensar al máximo los fundamentos jurídicos, hay cuestiones de matiz que se escapan, al no haber sido posible transcribir íntegramente todas las cláusulas calificadas, ni tampoco exponer completamente los razonamientos formulados. Y todo ello, a pesar de la considerable extensión de la importante resolución.

Por tal motivo, sin ningún afán de protagonismo, sino exclusivamente el de rendir un servicio a los compañeros que les interese, a la vez que me alivia la tarea de dar contestación individual a tan justas peticiones, abordo el examen analítico de tal resolución, con arreglo al siguiente esquema: 1. Cláusula calificada. 2. Nota de calificación. 3. Argumentos del recurrente, sea en interposición o en apelación. 4. Informe del Registrador. 5. Informe del Notario. 6. Auto presidencial. 7. Doctrina de la Dirección.

8. Apostillas. (Motivadas por el único deseo de profundizar aún más los problemas con vistas al futuro, sobre la base firme de la doctrina de la Dirección.)

INTERES VARIABLE

1. CLÁUSULA DE LA ESCRITURA

Segunda.—*Intereses*: El préstamo devengará un interés de *catorce enteros cincuenta centésimas por ciento anual (14,50)*. Transcurridos los *dieciocho primeros meses* de la vigencia del préstamo, contados a partir de la fecha de la presente, se aplicará en cada semestre un tipo de interés que será el resultante de añadir *un* punto porcentual a la media aritmética de los tipos de intereses preferenciales que para los préstamos por plazo de un año tengan establecidos los Bancos (se cita a tres distintos en la cláusula...) y que hayan sido publicados en el *Boletín Económico del Banco de España* o en cualquier otra publicación de la misma naturaleza, o acreditado mediante certificación del Banco de España. Este pacto se completa con las siguientes normas:

a) Cada período de seis meses o semestral posterior al inicial de dieciocho, se denominará *período de interés*.

b) El tipo de interés aplicable en cada período de interés se denominará *tipo de interés vigente*.

c) El tiempo real sobre el que se aplica el tipo vigente en cada período de interés, se denominará *período de devengo*.

d) La media aritmética de los tipos de interés preferencial, antes expresados, se denominará *tipo de interés de referencia o tipo de referencia*.

e) El tipo de referencia que se tendrá en cuenta en cada período de interés y al que se adicionará el diferencial pactado, será el vigente al inicio de cada mes anterior al comienzo de cada período de interés, según la publicación o certificación referidas. La sociedad prestamista comunicará a la parte prestataria el tipo de interés publicado por los Bancos y para las operaciones referidas en el párrafo primero, con eferencia a su publicación y con expresión de tipo de interés resultante y aplicable al préstamo ahora convenido. Con independencia de cualquier otro medio fehaciente que pueda utilizar se considerará que el Banco cumple bien el indicado deber de comunicación, mediante el envío durante los diez días primeros del mes anterior al comienzo del período de interés una carta con acuse de recibo conteniendo los datos anteriormente citados, dirigida a la parte prestataria en el domicilio fijado en la cláusula undécima.

La parte prestataria, a su vez, inexcusablemente deberá hacer llegar al Banco, antes de los diez días del comienzo del período de interés, bien por telegrama, bien personalmente o por cualquier otro medio fehaciente, la comunicación de su aceptación o rechazo del nuevo tipo de interés así fijado y vigente para el semestre siguiente como período de interés.

Si por cualquier razón, incluso fuerza mayor, la parte prestataria no

llevar a efecto la comunicación prevista en el párrafo anterior o el Banco no la recibiera en el tiempo y forma indicada, se entenderá que la parte prestataria acepta el tipo de interés comunicado.

Si dicha parte prestataria comunica al Banco su negativa a aceptar el nuevo tipo de interés comunicado, a causa de la variación producida en el tipo de interés de referencia, este contrato quedará resuelto de pleno derecho por la alteración de circunstancias el día final del período de interés en curso, y vencidas, serán exigibles desde dicho día las obligaciones de la parte prestataria. Esta dispondrá de un plazo de gracia de un mes para llevar a efecto la devolución del principal y el pago de los intereses correspondientes a este plazo de gracia, que serán calculados al tipo por ella aceptado y vigente durante el período último anterior al vencimiento.

2. NOTA DE CALIFICACIÓN

Primera.—En la cláusula segunda, al establecerse la posibilidad de variación del tipo de interés inicialmente fijado, no se determina, ni directamente ni en relación con la cláusula octava —conforme después se verá—, *una cifra o límite máximo de responsabilidad* por dicho concepto, con infracción de lo dispuesto en los artículos 12 y concordantes de la Ley Hipotecaria, 219 de su Reglamento, y la doctrina de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 y 31 de octubre de 1984.

3. ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

La cláusula segunda de la escritura calificada se refiere, como de su tenor literal se deduce, a la fijación del interés del préstamo concertado entre las partes con carácter previo y cuya existencia reconoce y eleva a público de forma unilateral la deudora por medio de escritura.

Esta relación contractual *inter partes* no tiene más límites que los que las contratantes quieran imponer. Otro problema es que, en relación a la garantía hipotecaria accesoria del contrato principal, sea preciso establecer un límite de responsabilidad en perjuicio de terceros (art. 114 de la Ley Hipotecaria); pero ello se establece en la cláusula octava de constitución de hipoteca, y no en esta cláusula, que, repetimos, sólo se refiere al reconocimiento unilateral de la existencia de un contrato de préstamo previo, por lo que nos remitimos al contenido del defecto sexto, que más adelante desarrollaremos.

En apelación:

c) El señor Registrador confunde en su nota calificadora y en el informe que elevó al excelentísimo señor Presidente de la Audiencia en defensa de aquélla, el préstamo con la hipoteca, achacando al primero supuestos defectos que sólo podría presentar la segunda. Así se explica el defecto primero, que carece de sentido, pues al establecer las líneas generales del préstamo no tiene por qué fijar cifra alguna de responsabilidad.

4. INFORME DEL REGISTRADOR

Fundamentos jurídicos: Cuestión previa.—Primero.—El recurso gubernativo se haya planteado dentro de *plazo* (art. 113 del Reglamento Hipotecario). En cuanto a la *legitimación activa* para interponerlo (fundada en el art. 112 del mismo), cabe observar que, por tratarse de *hipoteca unilateral*, hasta que la aceptación no se produzca no hay adquisición de la hipoteca por el acreedor, por lo cual, en lógica consecuencia, mientras no conste registrada la aceptación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley Hipotecaria, tampoco podría ejercitar dicho acreedor ninguno de los derechos y acciones derivados del título de hipoteca otorgada unilateralmente a su favor; hipoteca no aceptada ni, por tanto, perfeccionada. Ni siquiera, en el presente caso, inscrita y constituida legalmente.

Ello no obstante, y teniendo en cuenta que la aceptación pudiera producirse en cualquier momento, por razones de economía procesal y asimismo por el deseo de lograr que instancias superiores puedan dictaminar cuestiones sustantivas muy importantes, el Registrador que informa renuncia expresamente, si necesario fuere, a negar la legitimación activa del Banco Español de Crédito, S. A., para interponer el presente recurso, aunque sí destaca la apariencia de la hipoteca constituida unilateralmente a su favor como acto debido y basado en un previo contrato de adhesión.

Segundo.—En cuanto al *primer defecto* señalado en la nota de calificación, el recurrente, después de un introito relativo al principio de la autonomía de la voluntad, «que no tiene más límites (*sic*) que aquellos que los contratantes quieran imponer» (con olvido de que sí hay límites a tal principio y de que, en este caso y de momento, no hay «contratantes», sino simple voluntad unilateral), parece considerar, como si fuera cuestión accesoria, lo relativo al «límite de responsabilidad en perjuicio de terceros (art. 114 de la Ley Hipotecaria)», por lo que en realidad reduce su argumentación a remitirse al contenido del defecto sexto de la nota de calificación, que tendremos ocasión de examinar.

Con ello, el recurrente viene a reconocer que la cláusula está *incompleta* en sí misma considerada, puesto que «no en esta cláusula», sino en la octava, es donde dice fijarse el límite.

Precisamente, por no fijarse en la *cláusula segunda de la escritura* calificada, a pesar de su considerable extensión, un concreto límite de responsabilidad es por lo que, a juicio del que informa, existe el primer defecto señalado en la nota, en base a las razones siguientes:

En primer lugar, y como *apreciación de principio* necesaria para centrar las diversas cuestiones debatidas en el presente recurso, es notorio que en nuestro Derecho positivo vigente sólo tienen regulación reglamentaria las cláusulas de estabilización del capital o principal del préstamo, en el artículo 219, párrafo 3.º, del Reglamento Hipotecario. No, en cambio, respecto de los intereses que devengue el crédito. Hay que observar, sin embargo, que una práctica bancaria muy extendida en los últimos tiempos de crisis económica, con apoyo en circulares del Banco de España (que no se publican en el *BOE* ni constituyen Derecho privado de la contratación, aunque puedan imponer obligaciones administrativas a la Banca privada), suele establecer en todos los contratos de préstamos otor-

gados a medio y largo plazo cláusulas de *revisión o fluctuación del interés* pactado.

Dicho pacto o cláusula de interés variable debe considerarse, en principio, lícito, al amparo del principio de autonomía de la voluntad (artículo 1.255 del Código Civil), siempre que responda a módulos plenamente objetivos, no unilaterales (art. 1.256), y respete los límites impuestos por la buena fe, el no abuso del derecho y el no perjuicio a terceros (arts. 7 y 6 del mismo Código), o los más específicos de la Ley de Represión de la Usura de 1908 (no derogada, aunque poco invocada), o los más modernos impuestos para los contratos tipo, en masa y de adhesión, por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE de 24 de julio, Aranzadi núm. 1.906), que en su amplio artículo décimo sanciona con pena de nulidad de pleno derecho las cláusulas, condiciones o estipulaciones que (núm. 1) carezcan de «concreción, claridad y sencillez en la redacción», o que contradigan el «justo equilibrio de las contraprestaciones», como las «condiciones abusivas de crédito» [1, c), 4.º], o los «incrementos de precio por servicios... que no correspondan a prestaciones adicionales» (*id.*, 5.º).

Aparte de las anteriores consideraciones generales, quizá de *lege ferenda* (ante el vacío normativo existente respecto de la cláusula de interés variable), en el terreno específico del derecho real de hipoteca y su publicidad registral es interesante destacar:

1.º Que la hipoteca es, sin duda, el único derecho real cuyo contenido se puede determinar exactamente en puros términos numéricos. Tanto la responsabilidad por *principal*, como por *intereses y costas*, han de expresarse obligatoriamente en cantidades fijas o en tantos por ciento de las mismas, siempre mediante datos matemáticos exactos. De ahí también que en este puro derecho de realización de valor incida con la máxima fuerza el principio hipotecario de *especialidad o determinación*.

2.º Que en aplicación concreta del arquetípico principio de determinación, la legislación hipotecaria vigente estatuye:

En el artículo 12 de la Ley, que «las inscripciones de hipoteca expresarán el importe de la obligación asegurada y el de los *intereses*, si se hubiesen estipulado». Regla general que impone, conforme a lo antedicho, la expresión de la cantidad o tanto por ciento claro y preciso del interés pactado, lo cual permitirá en todo momento, y tanto entre partes y respecto a tercero, cuál es la responsabilidad máxima por este concepto de réditos.

Especificando el precepto anterior, y para el supuesto de que, pactado el devengo de intereses, no se hubiese señalado tiempo, el artículo 114 de la Ley Hipotecaria precisa que la hipoteca «no asegurará, con perjuicio de tercero..., sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente». El mismo artículo, en su párrafo segundo, limita la autonomía contractual en orden al tiempo (al objeto, sin duda, de evitar vinculaciones excesivas, que conviertan respecto de tercero la obligación accesoria en más gravosa cuantitativamente que la principal) y dispone que «en ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años». Precepto desarrollado explícitamente por el artículo 220 del Reglamento Hipotecario, según el cual, «cuando se fije en la escritura una cantidad global para responder

del pago de intereses no podrá exceder del importe correspondiente a cinco anualidades».

Se observa, pues, que la Ley se preocupa de establecer concretamente, de modo muy preciso, el *límite mínimo y máximo* entre los que la responsabilidad hipotecaria por intereses puede fluctuar.

3.º Que en relación al *casus litis* planteado por los límites (no respecto de su apreciación general, expresamente excluida en los considerandos) de la cláusula de interés variable, dos Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de idéntico contenido, de fechas 26 y 31 de octubre de 1984 (BOE de 5 y 11 de diciembre del mismo año), literalmente afirman que en «la cláusula de fluctuación de interés se está ante una hipoteca de seguridad, que *hace necesario señalar una cifra máxima de responsabilidad*, circunstancia que no se ha hecho constar en la (presente) escritura, que *se ha limitado simplemente a prever su repercusión sin ninguna referencia al límite máximo que puede alcanzarse*, por lo que antes esta *indeterminación* no cabe que en su actual redacción pueda acceder a los libros del Registro, si bien el defecto tiene el carácter de subsanable».

En el caso del presente recurso nos encontramos ante *idéntico supuesto*, al fijarse el tipo inicial de interés y los criterios, no muy fehacientemente acreditados, en base a los cuales podría fluctuar en el tiempo futuro; pero *no se establece en la misma cláusula un máximo de responsabilidad* por tal concepto, con perjuicio para el propio deudor hipotecante, que no puede calcular de antemano las responsabilidades máximas que asume, del posible tercero hipotecario, que tampoco podría cuantificar gravamen tan impreciso (con mengua de la seguridad del tráfico); del principio de legalidad, toda vez que la obligada calificación registral no podría apreciar si se cumple o no el tope legal de cinco anualidades marcado por los artículos 114 de la Ley y 220 de su Reglamento, antes citados, y, finalmente, con demérito de la propia publicidad registral, al ser imposible facilitar puntualmente información exacta sobre la responsabilidad máxima hipotecaria, en contra del servicio e interés público que el Registro debe cumplir.

Así se razona la existencia del primer defecto imputado a la escritura calificada, que impide su inscripción, siquiera sea de carácter subsanable.

5. INFORME DEL NOTARIO

El Notario autorizante informó: Que en la calificación registral subyacen dos problemas básicos que es necesario examinar, que son: Ante qué tipo de contrato nos encontramos y la extensión de la inscripción en relación a las obligaciones garantizadas. Que de la calificación e informe del señor Registrador se infiere que el contenido de la escritura calificada hace relación a un contrato de préstamo hipotecario de adhesión y al que se adhiere de forma unilateral la parte deudora hipotecante. Que se considera que el contrato es de un préstamo que se perfeccionó fuera de la órbita del documento público al ser de naturaleza real, y es de préstamo mercantil por ser comerciante uno de los otorgantes (art. 311 del Código de Comercio); que la parte deudora unilateralmente lo ha elevado a público y asimismo ha prestado una garantía hipotecaria en favor de la

Entidad acreedora. Que en cuanto a la extensión de la inscripción en relación a las obligaciones garantizadas está clara en la doctrina mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 4 de julio de 1984; en los artículos 9, 2.º, de la Ley Hipotecaria; 51, 6.ª, de su Reglamento, y 1.255 del Código Civil; de dichos preceptos se infiere lo que se debe expresar literalmente en la inscripción y lo que no puede tener acceso al Registro. Que en cuanto al primero de los defectos, se considera que la cláusula a que se refiere es inscribible en virtud de lo establecido en los artículos 12, 104, 114 y 146 de la Ley Hipotecaria, y precisamente en las Resoluciones de 26 y 31 de octubre de 1984 se rechaza la inscripción de la cláusula constitutiva de la hipoteca por no establecerse los límites de cobertura de intereses respecto de terceros, que es para quien solamente lo establece la Ley Hipotecaria.

6. AUTO PRESIDENCIAL

Primero.—Presupuestada la legitimación del Banco recurrente al amparo del artículo 112, 1, del Reglamento Hipotecario, dado su interés en asegurar los efectos de la inscripción de la hipoteca cuestionada, no obstante su constitución unilateral, ha de tenerse en cuenta que de todos los defectos apuntados en la nota del Registrador hay varios que, conforme al artículo 65 de la Ley Hipotecaria, llevan consigo, por ser insubsanables, la denegación de la inscripción solicitada, pero entre ellos se destaca en dicha nota, por su carácter esencial, el supuesto sexto, en el cual se aprecia la indeterminación esencial de la responsabilidad hipotecaria en cuanto a intereses y costas contenida en la cláusula octava de la constitución unilateral de la hipoteca, lo cual aconseja que en el estudio del recurso sea tratado en primer lugar este sexto supuesto o, en su caso, los demás insubsanables, porque si por alguno de ellos se llega a la conclusión de que la calificación del Registrador es ajustada a Derecho, entonces, producido necesariamente el defecto denegatorio de la inscripción, no es preciso examinar los demás extremos de la nota denegatoria, sin que por ello se incurra en incongruencia, pues, conforme al artículo 118 del Reglamento Hipotecario, se es congruente en tanto en cuanto se coincide con el Registrador respecto de la denegación expresa de la inscripción del documento, máxime si a la hipoteca, por propia naturaleza constitutiva, le es inaplicable el artículo 434 del citado Reglamento.

7. DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN

2. En cuanto al defecto primero (cláusula 2.ª de la escritura) debe tenerse en cuenta que la cláusula segunda —de la que se predica aquél— se desenvuelve en la esfera puramente personal de configuración del crédito y que, por tanto, dentro del respeto a las prescripciones de la legislación represiva de la usura, no tienen por qué circunscribirse los intereses a un límite máximo (cf. art. 1.255 del Código Civil). Sólo en cuanto el crédito concedido y la obligación accesorio de intereses sean garantizados hipotecariamente, el principio de especialidad y la trascendencia *erga omnes* del gravamen establecido impondrá la fijación de topes de respon-

sabilidad, pero aun así, éstos sólo podrán predicarse respecto de la afectación real, mas nunca respecto de la responsabilidad personal que incumbe al deudor.

8. APOSTILLAS

— El Centro Directivo, con perfecta concisión, recuerda la buena doctrina de la autonomía de la voluntad privada y del principio de la responsabilidad patrimonial universal del deudor en el campo de las relaciones personales, así como la estricta exigencia hipotecaria de fijación de topes de responsabilidad.

— Ahora bien, el informante, como lo demuestra la propia nota calificatoria —que literalmente establece relación directa entre esta cláusula y la 2.ª y la 8.ª—, tampoco pretendió interferir el campo de las relaciones obligacionales, sino exigir hipotecariamente que se estableciese esa «cifra o límite máximo de responsabilidad».

— Tampoco, como acusa el recurrente, confunde (antes al contrario) el préstamo con la hipoteca, aunque, lógicamente, presta mayor atención a ésta, que es el derecho real sometido a inscripción.

— El recurso se planteó, como es frecuente, «a máximos», con la sana intención de lograr que el Centro Directivo sentase doctrina sobre aspectos de las actuales hipotecas que resultan novedosos y, en algunos casos, muy discutibles. Finalidad lograda, en mi modesta opinión.

— Y planteado así, ya desde el defecto primero, que no lo es tal, sino un desarrollo puramente doctrinal, base a los demás, como revela la lectura del informe, la finalidad última del informante era aspirar a esa «claridad» de redacción de las estipulaciones, «separadamente» unas de otras, reflejo fiel del «alcance» de las obligaciones de cada otorgante a que, según el artículo 176 del Reglamento Notarial vigente, debe ajustarse la escritura. Finalidad no lograda en este caso, sin ir más lejos, porque el instrumento se redactó «conforme a minuta»... ¿De quién? Dudo mucho que fuese facilitada por la otorgante unilateral.

— Esa aspiración de «claridad» es unánimemente sentida por todos, y reafirmada por un precepto legal concreto, citado en el informe, aunque no en la nota de calificación (de ahí que no se cite en los vistos), el del artículo 10, 1, de la Ley 26/1984, de Defensa del Consumidor, el cual nada menos que sanciona con la pena de nulidad de pleno Derecho las cláusulas, condiciones o estipulaciones que carezcan de «concreción, claridad y sencillez en la redacción», o que contradigan el «justo equilibrio de las contraprestaciones», marco legal al que, por experiencia y con convicción jurídica, se suma el informante.

— El citado precepto, quizá poco conocido, y mucho menos aplicado y desarrollado, merece, sin duda, más amplia meditación. Y con vistas al futuro, no obstante estimables teorías, más estructurales que prácticas, sobre la unidad simbólica del «préstamo hipotecario», desde la pragmática registral, quizá convenga abstraer la estricta finalidad de garantía de la hipoteca de las vertiginosas mutaciones del mercado bancario de créditos. La claridad institucional permanente de la publicidad inmobiliaria, sin duda, saldría ganando...

* * *

OBLIGACIONES FISCALES E IMPUTACION DE PAGOS

1. CLÁUSULA DE LA ESCRITURA

Tercera.—*Duración de los pagos:*

a) El presente contrato tiene una duración de *ciento veinte meses, esto es, diez años.*

Las liquidaciones de principal e intereses, así como las de ITE o el impuesto que le pueda sustituir o complementar, se producirán y pagarán por cuotas mensuales.

Las liquidaciones de las cuotas mensuales se producirán los días 30 de cada mes. Por tanto, y como excepción a lo pactado, y a fin de facilitar las operaciones matemáticas del cálculo de amortizaciones, la primera y última liquidación sólo se efectuarán de intereses (más sus impuestos correspondientes), y se acomodarán, en su duración, en función de la fecha de este otorgamiento, esto es, el primer recibo comprenderá los intereses que se devenguen desde el día de hoy hasta el día 30 del presente mes (más los impuestos), y el último recibo, los intereses devengados desde el día uno del mes en que venza el contrato hasta el día del vencimiento final del mismo (más los impuestos correspondientes).

b) Cada mes será un período de devengo de interés al tipo vigente para el período de interés correspondiente, según la cláusula anterior.

En cada cuota mensual, el día de su vencimiento deberá pagarse lo procedente por intereses y amortización, así como el tanto por ciento que legalmente corresponda por ITE o impuesto que lo sustituya o complemente.

Hasta los *dieciocho meses* se reintegrará *el préstamo* por medio de amortizaciones de VEINTITRES MIL SETECIENTAS CUARENTA Y TRES PESETAS mensuales.

A partir de los *dieciocho meses de vigencia* del préstamo, la cuota mensual constante que estará abonando la parte prestataria podrá variar en función de las modificaciones que sufra cada semestre el tipo de referencia, conforme a lo pactado en la estipulación segunda, si bien durante cada período de seis meses las cuotas mensuales serán iguales. En las seis últimas cuotas mensuales se producirán los ajustes necesarios para que aquella que coincida con el vencimiento del préstamo sea igual a la parte pendiente de reembolso del mismo.

c) Las cantidades entregadas a la prestamista en concepto de pago se imputarán: primero, al reintegro de las costas y gastos suplidos por el Banco; segundo, al pago de intereses del principal del préstamo; tercero, al pago de intereses causados por demora de los deudores, y, finalmente, a la amortización del capital.

Los pagos se realizarán en la oficina del Banco en...

2. NOTA DE CALIFICACIÓN

Segunda.—En la cláusula 3.ª, se consideran defectuosas las siguientes expresiones:

a) La relativa a las liquidaciones «de ITE o el impuesto que le pueda sustituir o complementar», porque aparte su inoperancia, en cuanto pueda

alterar las obligaciones tributarias de Derecho público, ni afecta a tercero ni se precisa su cuantía, en contra del principio de especialidad.

b) La establecida en el apartado c) de la citada cláusula 3.ª, en orden a la imputación de pagos, de carácter estrictamente personal, que no puede afectar a tercero, y que incide en la misma imprecisión al referirse genéricamente a toda clase de «costas y gastos suplidos por el Banco».

3. ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

Segundo defecto.—Se rechaza por el señor Registrador la referencia al ITE o impuesto que le puede sustituir o complementar.

Es cierto que por pacto no pueda alterarse una obligación fiscal, y en ese sentido, la cláusula sería nula (art. 6, 3, del Código Civil con carácter general). Pero no es el caso: el ITE, cuyo sujeto pasivo es la Entidad acreedora, es *necesariamente repercutible* en el deudor [art. 11, d), del Reglamento del Impuesto]. Pero es que, además, tal Impuesto, a partir del 1 de enero de 1985, dejará de aplicarse a los préstamos en virtud del artículo 8, núm. 1, apartado 18, de la Ley del IVA de 2 de agosto de 1985.

Entendemos, por tanto, que en la cláusula calificada de la escritura, lo único que se hace es fijar el importe de las amortizaciones o pagos mensuales, que comprenden: capital, intereses y los impuestos; éstos son una parte más de la deuda de intereses por imposición o mandato legal.

Se rechaza en esta misma cláusula escrituraria el establecimiento de una *imputación de pagos* por su carácter personal y, además, por su imprecisión.

Hay que tener en cuenta que del contrato de préstamo, cuya existencia se reconoce en la escritura calificada, nacen obligaciones a cargo de la deudora de diverso signo: por razón de devolución del principal; por razón de intereses pactados; en su caso, por motivos de haber incurrido la deudora en mora, y, por último, por razón de anticipo de gastos realizados por la Entidad acreedora que se pactan, son de cuenta de la deudora (cláusula o disposición duodécima de la escritura). Pues bien, ahora lo único que se hace es ordenar la imputación de esos pagos, lo cual es perfectamente legítimo al amparo de la libertad de contratación (artículo 1.255 del Código Civil), y, en todo caso, se hace la imputación observando el criterio legal supletorio del artículo 1.173 del Código Civil.

De otro lado, no debe olvidarse que la hipoteca que se constituye en la escritura calificada va a garantizar el cumplimiento de lo pactado en el contrato principal de préstamo y, por tanto, todo lo que incida sobre el mismo (y la imputación de pagos incide) va a recaer sobre la garantía, sin más límites que los establecidos legalmente o por pacto para el supuesto de terceros; límites que afectan fundamentalmente a las cuantías de los créditos u obligaciones garantizadas.

Respecto de la imprecisión de la expresión «costas y gastos suplidos por Banesto», debemos añadir que las cláusulas de los contratos hay que interpretarlas «las unas por las otras», como establece el artículo 1.285 del Código Civil, y la expresión utilizada, si ofreciera duda, tiene amplia explicación en el contenido de las cláusulas octava y duodécima.

4. INFORME DEL REGISTRADOR

Tercero.—En cuanto a los defectos imputados a la *cláusula* 3.ª de la escritura calificada, el recurrente comienza afirmando la buena doctrina de que por pacto no puede alterarse una obligación fiscal; a continuación realiza una cita al Reglamento del Impuesto General sobre el Tráfico de Empresas (Decreto 3361/1971, de 23 de diciembre, Aranzadi núm. 101 del año 1972) totalmente parcial e incompleta, pues prescinde en absoluto del artículo 24 del mismo Reglamento. Para reconocer, no obstante, que a partir de la entrada en vigor del IVA queda suprimido el IGTE y, en consecuencia, vacía totalmente de contenido la cláusula calificada en lo relativo a impuestos. Termina su alegación con la extraña afirmación de que los impuestos «son una parte más de la deuda de intereses»; asimilación que debe rechazarse totalmente, ya desde el *primario* punto de vista de la distinta naturaleza de ambos conceptos: mientras que los intereses son una *contraprestación* derivada de un contrato entre particulares a favor del prestamista, en cambio, los impuestos que gravan la concesión del crédito son una *carga de Derecho público* a cargo del concedente —siquiera sea repercutible— y a favor de la Hacienda Pública. Nada digamos de sus distintos efectos y procedimientos de garantía y exacción. Por todo ello, y en méritos a la brevedad, no consideramos oportuno detenernos más tiempo en esta cuestión fiscal.

El escrito de recurso, tanto en éste como en otros apartados, se limita a argumentar la validez civil de los pactos, con olvido de que tal circunstancia es, desde luego, condición necesaria, pero no suficiente, a los efectos del Registro, toda vez que la inscripción registral, al sople potente de la autonomía de la voluntad privada, no puede convertirse en simple transcripción de pactos obligacionales, lo cual significaría un retroceso hacia formas de publicidad primarias e imperfectas. Aparte de que cuando en materia de hipoteca (arquetipo de derecho real puro) se pierde la referencia a tercero, se pierde definitivamente el rumbo.

Bajo tan defectuosa óptica, el recurrente deja sin rebatir los dos defectos concretos señalados en el párrafo a) del apartado segundo de la nota, basados en los breves razonamientos siguientes:

1.º Porque respecto de tercero, sujeto a la responsabilidad real hipotecaria, pero no a la personal y universal derivada del préstamo (que no contrató, ni percibió su importe, ni está obligado personalmente a satisfacer sus intereses), tales pactos suponen una pura *res inter alios acta*. Indudablemente, soporta la hipoteca, en los términos marcados por la Ley Hipotecaria, pero no las consecuencias contractuales.

2.º Porque al ser imprecisa la *cuantía*, el *tipo impositivo*, e incluso el *dies a quo* del devengo fiscal, se infringe rotundamente el principio de especialidad.

Por lo que respecta a la imputación de pagos pactada en el apartado c) de dicha cláusula 3.ª, el recurrente vuelve a acumular al típico contrato de préstamo, toda clase de prestaciones específicas de otros contratos bancarios distintos del de préstamo (enumeradas prolijamente en las posteriores cláusulas 8.ª y 12.ª de la escritura). Olvida nuevamente que los concretos defectos señalados en la nota de calificación son los de que la

imputación pactada entre partes tiene carácter estrictamente personal y no puede afectar a tercer adquirente, y el de que, a efectos de la hipoteca, incide en total imprecisión en orden a la cuantía de todas esas anómalas prestaciones. Ni siquiera en el plano estrictamente civil puede estimarse correcta, toda vez que el artículo 1.172 del Código exige expresamente, para que la imputación de pagos tenga lugar, que las deudas sean «de una misma especie», y aquí, dada la indeterminación de la cláusula, pudiera ocurrir que no sólo las deudas derivadas del préstamo que «se dice» o reconoce unilateralmente haberse celebrado, sino cualesquiera otras surgidas de las relaciones bancarias entre el cliente y el Banco (de cuenta corriente, de domiciliación de recibos, de negociación cambiaria, etc.), pretendieran incluirse en la hipoteca, que en otros pactos se configura expresamente como una típica hipoteca ordinaria en garantía de un concreto préstamo, y no una hipoteca de cuenta corriente o de seguridad en garantía de cualesquiera operaciones bancarias entre las partes, contratos muy distintos al de préstamo, aunque también sean bancarios.

Por lo expuesto procede, a nuestro juicio, confirmar la existencia del segundo defecto señalado en la nota, si bien tenga carácter subsanable.

5. INFORME DEL NOTARIO

Que en lo referente al segundo defecto, hay que aclarar que la auténtica cuestión estriba en la naturaleza del ITE y si la cobertura hipotecaria, en cuanto a los intereses, alcanza también a los impuestos que «necesariamente» le son repercutidos al deudor y respecto a los que él es sujeto pasivo económico, pero no jurídico, considerando que la solución es la positiva, con dudas conceptuales, y siempre con la advertencia de que la finca responderá frente a terceros por el máximo pactado (con los límites legales), incluyendo dentro de este máximo los intereses y sus impuestos correspondientes, y en segundo lugar, en cuanto al convenio de imputación de pagos que se contiene en la misma cláusula tercera de la escritura calificada, se estima que dicho pacto tiene validez civil y debe tener acceso al Registro por tener trascendencia real, y en caso de incumplimiento es importante, desde el punto de vista hipotecario, el que una entrega se impute a principal, intereses o costas.

6. AUTO PRESIDENCIAL

No se pronuncia sobre este concreto aspecto.

7. DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN

Careciendo de *trascendencia real* y, por tanto, debiendo quedar al margen de los términos de este recurso las previsiones contenidas en la cláusula 3.ª (defecto 2.º) (el ITE, como obligación personal del prestamista, no queda cubierto, como se verá, por la garantía hipotecaria tal como ha sido estipulada, y el pacto entre prestamista y prestatario en relación

con el orden de imputación de los pagos efectuados por el deudor en nada afecta a la operatividad del mecanismo hipotecario articulado).

8. APOSTILLAS

La Dirección confirma el defecto, basado en la trascendencia puramente personal de los pactos contenidos en la cláusula.

El Notario autorizante, en cambio, parece adherirse a la doctrina de que todo lo pactado en escritura y que tenga conexión, siquiera sea tangencial y formal, con un inmueble tiene trascendencia real y es inscribible. Evidentemente, no es así y el Registro, institucionalmente, no es un segundo protocolo formado por transcripción.

* * *

MORA Y RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA

1 CLÁUSULA DE LA ESCRITURA

Advertencia previa.—Como la Dirección agrupa el examen de las cláusulas 4.ª y 8.ª de la escritura, y, consiguientemente, los defectos 3.º y 6.º de la nota, al mismo orden nos ajustamos a continuación.

Cuarta.—Mora: La parte prestataria incurrirá en mora automáticamente, sin necesidad de intimación o reclamación alguna, si dejase de pagar el día treinta de cada mes la cantidad a su cargo por intereses, por amortización y por impuestos.

La mora de la parte prestataria, además de su efecto como causa de vencimiento anticipado del préstamo, dará lugar a que las cantidades vencidas (por principal, intereses e impuestos) y no satisfechas devenguen (como contraprestación de uso y como pena de incumplimiento) intereses de demora a favor de la prestamista, desde el día siguiente al final del período de devengo impagado hasta el momento del pago, a un tipo de *dieciocho enteros por ciento*.

Octava.—Constitución de hipoteca: Sin perjuicio de la responsabilidad personal e ilimitada, doña... constituye primera hipoteca a favor de la Sociedad prestamista, el Banco..., sobre la finca descrita en esta escritura, en garantía de la devolución del *principal* del préstamo por un millón quinientas mil pesetas, de ochocientas diez mil pesetas de sus intereses de tres años al tipo de dieciocho enteros por ciento y de trescientas mil pesetas para costas y gastos, entre los que se entenderán incluidos los anticipos que hiciese la Sociedad prestamista para cubrir costas y gastos, entre cuyos anticipos podrán comprenderse los gastos de este otorgamiento, los de su aceptación y cualquier otro de este préstamo y su amortización y reclamación extrajudicial o judicial, así como el pago de los impuestos, contribuciones y arbitrios que graven la finca hipotecada y el de la prima de los seguros, y, en general, los gastos nacidos de esta operación que siendo a cargo de la parte prestataria o del titular del bien hipotecado hayan sido satisfechos por la parte prestamista.

2. NOTA DE CALIFICACIÓN (defectos 3.º y 6.º)

Tercero.—La cláusula 4.ª, relativa a la *mora*, así como, en general, las referencias hechas a la misma en otras cláusulas de la escritura, tampoco resulta inscribible, al depender los intereses moratorios de una conducta personal del deudor, que no puede trascender a tercero fuera de los cauces marcados en los artículos 317 y 319 del Código de Comercio y 115 y 126 de la Ley Hipotecaria, y sin que tampoco pueda englobarse en la hipoteca de seguridad por costas, conforme a la doctrina de las resoluciones antes citadas. Aparte de ello, para su base de cálculo se introduce una cantidad ilíquida e ilegal, la referente a impuestos, y se deja sin determinar si el tipo del 18 por 100 establecido se refiere a períodos anuales o al concreto período mensual de devengo contemplado.

Sexto.—En la cláusula fundamental 8.ª de constitución unilateral de hipoteca, se observa *indeterminación esencial de la responsabilidad hipotecaria*, en cuanto a los dos extremos siguientes:

A. Respecto a los *intereses*, en cuanto literalmente se fija la responsabilidad por réditos en «ochocientas diez mil pesetas de sus intereses de tres años al tipo de dieciocho enteros por ciento». El citado tipo del 18 por 100 corresponde, según la anterior cláusula 4.ª, a intereses para el supuesto de demora, por lo que se produce confusión entre los intereses ordinarios del préstamo —de devengo fijo y periódico, conforme a un tipo inicial del 14,50 por 100 anual, si bien sometido a posible variación— y los intereses moratorios —de devengo aleatorio y no periódico, sometidos al tipo del 18 por 100, y que no se devengan por anualidades—. Estos créditos accesorios del principal, por su distinta naturaleza, base de cálculo y tipo porcentual aplicable, no pueden englobarse bajo una responsabilidad hipotecaria única, conforme a los artículos 9, 2.º, y 12 de la Ley Hipotecaria y la doctrina de la Resolución de 29 de octubre de 1984. A mayor abundamiento, la indeterminación sube de grado si se tiene en cuenta que, conforme al artículo 114 de la citada Ley —el cual, al determinar la extensión de la hipoteca, no comprende la garantía de los intereses de intereses, sino que se refiere solamente a los intereses del crédito capital, la imprecisa redacción de la cláusula calificada suscita la duda fundada acerca de si, aparte de la citada cantidad de 810.000 pesetas, que no se señala como máxima, y que parece referirse sólo a intereses moratorios, quedarían, además, comprendidos en la garantía hipotecaria los intereses ordinarios que se devengasen a tipo de interés variable durante los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente, que son objeto, *ministerio legis*, de la cobertura del citado precepto legal.

B. En cuanto a las *costas*, la cláusula de referencia engloba asimismo, aparte las propiamente dichas judiciales o de ejecución, toda clase de *gastos* accesorios, anticipos, impuestos y otros conceptos ajenos a la propia hipoteca —y que pudieran ser objeto de contrato distinto—, con imprecisión tan absoluta que imposibilitarían en tiempo y forma legal la oportuna tasación judicial de costas, conforme aparece regulada en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en los artículos 126 y 131, reglas 5.ª y 15.ª, de la Hipotecaria, preceptos de orden procesal inalterables por pacto, y conforme a la doctrina de las Resoluciones de 9 de febrero de 1898, 14 de febrero y 15 de marzo de 1935.

3. ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

Tercer defecto.—En la cláusula o disposición calificada con este defecto (la cuarta), lo único que se establece es una mora automática por falta de cumplimiento de lo pactado, lo que está permitido por el artículo 1.100, número 1, del Código Civil.

De otro lado, se establece la forma de liquidar los intereses moratorios de la manera establecida por el último párrafo del artículo 317 del Código de Comercio (el contrato de préstamo pactado es mercantil, al ser comerciante el acreedor), es decir, capitalizando los intereses como más capital a estos solos efectos, sin que ello implique violación del artículo 115 de la Ley Hipotecaria, e incluyendo los «impuestos, puesto que forma parte de la deuda», como se expone más arriba.

Efectivamente, no se establece si el interés moratorio fijado del dieciocho por ciento se establece por períodos mensuales o anuales, pero es claro que se refiere a *períodos anuales*, por los siguientes argumentos: de una parte, porque las reglas generales de interpretación de los contratos (arts. 1.284 a 1.286 del Código Civil) lleva a esa conclusión, ya que en todas las cláusulas de la escritura se establecen los períodos de intereses en relación al año y, de otra parte, porque el artículo 1.108 del Código Civil, al determinar el interés legal de demora, lo hace en relación a períodos anuales.

Dejamos para notas al defecto sexto, lo pertinente acerca de la posibilidad de garantizar frente a tercero los intereses moratorios y en qué términos.

Defecto sexto.—a) En primer lugar, se establece «la indeterminación esencial de la responsabilidad hipotecaria en cuanto a los intereses», según se dice en la calificación registral:

El Registrador, al calificar la cláusula octava de la escritura, interpreta que la frase de la misma que dice «ochocientos diez mil pesetas de sus intereses de tres años al tipo del dieciocho por ciento», se está refiriendo a los intereses de demora, por lo que deduce confusión con los intereses ordinarios del préstamo, por lo que estima que ambos no pueden englobarse en una responsabilidad hipotecaria única, conforme a los artículos 9, 2.º, y 12 de la Ley Hipotecaria y doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, Dirección General) de 29 de octubre de 1984.

Igualmente, se afirma que no se determina una cifra o límite máximo de responsabilidad, exigencia de los artículos 12 y concordantes de la Ley y 219 del Reglamento Hipotecario, y doctrina de las Resoluciones de la Dirección General de 26 y 31 de octubre de 1984, cuya afirmación se contiene en este defecto sexto, como también en el defecto primero de la nota de calificación registral.

En primer lugar, hay que hacer notar que la Resolución citada de 29 de octubre de 1984 rechaza, por contrario al principio de especialidad, y citando Resoluciones de 14 de febrero y 15 de marzo de 1935, el que puedan englobarse en un mismo monto de responsabilidad frente a terceros los conceptos de intereses moratorios y costas y gastos. Creemos que sería llevar demasiado lejos la doctrina contenida en las resoluciones citadas, estimar como contrario al principio de especialidad, el englobar en el

mismo concepto de responsabilidad los intereses «normales» y los moratorios.

En segundo lugar, cuando la legislación hipotecaria alude a la responsabilidad por intereses, fundamentalmente al tratar del procedimiento judicial sumario de ejecución (art. 131 de la Ley), no distingue entre uno y otro tipo de intereses y, sin embargo, sí lo hace entre intereses y costas, por lo que ello es utilizado como argumento por las Resoluciones citadas de 14 de febrero y 15 de marzo de 1935.

En tercer lugar, en la responsabilidad por intereses, de una clase u otra, estamos en presencia de una hipoteca de seguridad, al desconocerse el *quantum* a exigir.

Por lo que respecta a la interpretación que hace la calificación registral de la cláusula o disposición de que tratamos, en el sentido de referirse a los intereses moratorios, la dicción literal de la escritura y de cuanto antecede, ya se deduce la disconformidad: el porcentaje citado del dieciocho por ciento se refiere, de un lado, a los intereses «normales», en el sentido de que para fijar *un máximo* de responsabilidad por intereses con respecto a terceros, éste se determina en ese tipo, con independencia de las fluctuaciones del interés variable pactado en la cláusula segunda, y, de otro lado, se refiere a los intereses «moratorios», que aparecen fijados en un dieciocho por ciento.

En cuanto a la cuestión de no fijar un máximo de responsabilidad, estimamos que si se fija: *en términos de porcentaje máximo que alcanzará el tipo de interés en perjuicio de tercero y en términos de cantidad exacta. No se utiliza la palabra «máximo», pero no es necesario: ni los preceptos ni las resoluciones citadas exigen fórmulas sacramentales de ninguna especie.*

Por último, basa su calificación negativa el Registrador en la duda fundada de si, además de los intereses moratorios, quedan incluidos en la garantía hipotecaria los intereses normales, a través de la cobertura *ministerio legis*. Con cuanto queda dicho se contesta: el artículo 114 de la Ley Hipotecaria establece una protección supletoria de pacto específico, y en el presente caso lo hay: la disposición octava de la escritura calificada, interpretada con arreglo a su propia dicción.

b) El segundo gran defecto aducido por el señor Registrador, dentro de este sexto, es que al englobar al concepto de costas, las judiciales y también otros gastos que se añaden, muestran una «imprecisión absoluta». No estimamos que haya tal imprecisión, ya que en la propia cláusula se hace una enumeración bastante completa, **que aún lo es más si tenemos en cuenta el resto del contenido de la escritura, singularmente las cláusulas en que la deudora asume obligaciones y la cláusula de gastos o duodécima.**

En caso de ejecución, dichos gastos serán pormenorizados y adquirirán el carácter de líquidos con el debido control jurisdiccional.

En definitiva, todos los gastos cuya enumeración contiene la escritura calificada y que engloba en la responsabilidad por tal concepto están «relacionados directamente» con la obligación principal y de ella derivan, sin que cuanto queda expuesto contradiga, a nuestro juicio, el contenido de las resoluciones citadas por la nota de calificación del Registrador.

En apelación se dice:

Tercero.—Para el supuesto de que se pudiera interpretar que tácitamente se confirman los defectos rebatidos por mi mandante en el recurso, ya que sólo se conoce del relativo a la cláusula octava de la escritura —el señalado como sexto en la nota del señor Registrador—, se dan por reproducidas —en aras a la brevedad— todas y cada una de las argumentaciones expuestas contra aquéllos en el recurso, a fin de que por la Dirección General de los Registros y del Notariado pueda pronunciarse sobre ellos, si a bien lo tiene, *y nunca deba entenderse que mi mandante no se alza contra ellos*.

El informe del señor Registrador, tremendamente confuso, a nuestro juicio, no enerva ninguna de las argumentaciones mencionada, olvida la realidad y, por tanto, el artículo 3.º, número 1, del Código Civil, y sí, en cambio, da un verdadero «varapalo» jurídico al señor Notario autorizante, por cierto, no oído en el recurso, y en él —el informe— se vierten juicios contrarios a la buena imagen de mi mandante, en particular a la de los Bancos en general, por lo que mi representado hace formal protesta y se reserva las acciones legales pertinentes.

Las entidades financieras, los señores Registradores y los señores Notarios, desde hace tiempo, pero principalmente a partir de la Ley de 25 de marzo de 1981, de Regulación del Mercado Hipotecario, han estado y están en permanente contacto y existe un buen «entendimiento» para, sin menoscabo de las funciones que la sociedad tiene a cada institución encomendadas, ir sacando adelante una materia, como es la de los «préstamos hipotecarios con interés variable», en donde al no estar toda ella específicamente regulada ha de acudir al título preliminar y al libro IV del Código Civil y al artículo 2 del Código de Comercio —tales préstamos son mercantiles—, y, cómo no, a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, quien desde hace tiempo tiene admitidos este tipo de préstamos (por ejemplo, Resolución de 12 de septiembre de 1972), y en prueba de cuanto decimos vamos a transcribir la respuesta que don CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO, Decano del Colegio Nacional de Registradores, dio a una pregunta que le fue hecha durante el Primer Congreso del Mercado Hipotecario, celebrado en Madrid los días 9 y 10 de octubre de 1984 (al que asistieron ilustres Registradores, Notarios y juristas):

«Se pregunta aquí (al señor HERNÁNDEZ CRESPO y al Notario don ROBERTO BLANQUER) cuándo se dice que si se trasladará a los señores Notarios y Registradores del contenido de las intervenciones, de nuestras intervenciones en este Congreso, y se añade, porque ello nos allanaría mucho el camino.»

«Sin duda que se traslada no solamente nuestras intervenciones, sino, sobre todo, las intervenciones de los demás y las conclusiones a que llegan estas reuniones de estudio.»

«Indudablemente, no sólo *a posteriori*, sino antes, como hemos aludido, me parece que todos, cuando surge la mora normativa o las nuevas necesidades que la vida impone, tenemos contacto con las entidades financieras para aclarar el contenido de aquella cláusula que puede ser dudosa o que, por lo menos, habrá que matizar para que tanto en la formalización del documento por parte del Notario, como en la calificación del mismo por parte del Registrador, se encuentre el camino allanado, a que se refiere como conclusión a la pregunta» (págs. 378 y 379 de lo publicado

por la Asociación Hipotecaria Española bajo el título de *Primer Congreso del Mercado Hipotecario*, Madrid, octubre 1984).

Fruto de tales contactos es que hasta el presente no se haya interpuesto ningún recurso como el que nos ocupa —éste es el primero que sepamos se ha planteado—.

Cuarto.—No obstante dar por reproducidas las argumentaciones contenidas en el escrito de interposición del recurso, estimamos oportuno hacer las siguientes precisiones a la nota del Registrador:

a) La nota es en sí misma confusa y no se atiene a lo establecido en la vigente legislación hipotecaria. En efecto, presenta diez defectos, de los que se califican cuatro (los contenidos en los apartados 4, 6, 7 y 9) como insubsanables, no calificándose los demás defectos e introduciéndose una categoría especial, que no tiene precedentes en nuestro Derecho, y que el Registrador califica de *carácter esencial*, impidiendo, a su juicio, la inscripción de la totalidad del documento, lo que supone un evidente perjuicio para mi mandante.

b) Insistiendo en lo afirmado en el apartado anterior, impugnamos expresamente la calificación del Registrador en cuanto a ese llamado defecto «esencial», pues entendemos que las faltas de los documentos presentados a registro sólo pueden ser subsanables o insubsanables, en cuanto impiden su inscripción, o irrelevantes, si no la impiden. Y esto sentado, no entendemos que un defecto que afecta a la responsabilidad hipotecaria por razón de intereses o costas pueda impedir la inscripción de la hipoteca por principal. El señor Registrador, en su confusa y ofuscada calificación, llega así al absurdo jurídico de que lo accesorio destruya lo principal, ignorando además el principio tradicional, que expresado en palabras latinas, a las que tan aficionado es el señor Registrador, nos enseña que *utile per inutile non vitiatur*.

El defecto tercero contiene la asombrosa afirmación de que «al depender los intereses moratorios de una conducta personal del deudor, que no puede trascender a tercero», no resulta por ello inscribible. El error es evidente y no exige mayor aclaración: todo incumplimiento depende de una conducta personal, y cuando este incumplimiento se garantiza con hipoteca u otra forma de aseguramiento real afecta a tercero.

g) Y entramos en lo que el Registrador llama cláusula fundamental de constitución unilateral de hipoteca, donde, a su juicio, se observa *indeterminación esencial de la responsabilidad hipotecaria*. Reiteramos aquí lo contradictorio e incongruente de la nota que considera que esta determinación afecta a intereses y costas (elementos accesorios), concluyendo que esta supuesta indeterminación impide con carácter insubsanable la inscripción de la garantía hipotecaria del principal del préstamo. Respecto de los intereses garantizados con la hipoteca, dados los términos en que está redactada la escritura, hay que admitir la **validez del pacto y su inscribibilidad**. En efecto, la validez y licitud de los préstamos con interés variable es indudable. Están reconocidos por la doctrina y admitidos por la jurisprudencia e incluso por las legislaciones más progresivas. El problema queda así reducido a si la cláusula de garantía hipotecaria de estos intereses, tal como se formula en la escritura presentada a registro, respeta los principios hipotecarios. La cláusula en cuestión dice textualmente «en garantía de la devolución del principal del préstamo por un millón qui-

nientas mil pesetas, de ochocientas diez mil pesetas de sus intereses de tres años al tipo de dieciocho enteros...». Y con esta formulación no encontramos razón alguna para que la cláusula no sea inscribible. Como en todos los casos de responsabilidad hipotecaria por razón de intereses, se trata de una hipoteca de máximo perfectamente precisada. No queremos cansar a la Dirección General, a la que acudimos hoy en recurso con argumentaciones. Aceptamos íntegramente las sentadas por este Centro Directivo en su importante Resolución de 12 de septiembre de 1972, primera que estudia y declara inscribibles los pactos de interés variable en los préstamos. La cláusula que hoy se somete a recurso es prácticamente idéntica que la que declaró inscribible la Dirección en el recurso resuelto por la citada Resolución de 1972, cuya cláusula decía literalmente «en garantía de ciento cuarenta y cinco mil pesetas de principal, de treinta y dos mil seiscientas veinticinco pesetas de intereses de tres años...».

En cuanto a la garantía hipotecaria por costas y gastos, se reitera aquí lo dicho en el escrito de interposición de recurso. Admitida la garantía hipotecaria por costas y gastos, con la indeterminación que conlleva esta fórmula genérica, por qué razón se considera impreciso que se determinen contractualmente alguno de los conceptos que deban considerarse incluidos en la referencia genérica «costas y gastos». El Registrador, bajo el imperio, sin duda, del principio de especialidad que rige el Registro de la Propiedad, considera inscribible el pacto que especifica la genérica expresión «costas y gastos».

4. INFORME DEL REGISTRADOR

Cuarto.—En cuanto a *intereses moratorios* del préstamo, regulados fundamentalmente en la *cláusula 4.ª* de la escritura, aunque existen referencias dispersas en otras, el escrito de recurso se limita a explicar *a posteriori* lo que la escritura debió decir y no dijo, con lo que reconoce implícitamente la imprecisión de la cláusula e incluso, ya de modo explícito, el defecto de que «efectivamente no se establece si el interés moratorio fijado del dieciocho por ciento, se establece por períodos mensuales o anuales, pero es claro...» (parece que sólo para el Banco que redactó la minuta).

Según reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, y como más reciente, la Sentencia de 22 de octubre de 1984, los intereses ordinarios del préstamo y los moratorios tienen muy distinta naturaleza jurídica: mientras que los primeros valoran la disponibilidad del dinero durante el tiempo pactado y constituyen la remuneración o precio del capital prestado, en cambio, los moratorios valoran la privación sufrida por el acreedor y los singulariza su finalidad indemnizatoria por el incumplimiento de la obligación. Por ello es también muy distinta su forma de devengo: los ordinarios son de devengo fijo y periódico; los de demora son de devengo aleatorio (se basan en un incumplimiento doloso o culposo del deudor) y no periódico (no se calculan por períodos prefijados, generalmente anualidades, como los ordinarios).

De ahí que, en el mismo sentido, la Dirección General de los Registros haya establecido (Resoluciones de 14 de febrero y 15 de marzo de 1935

y 29 de octubre de 1984, entre otras) que sin desconocer que los intereses, así como las costas, son prestaciones accesorias engendradas por la principal, son conceptos distintos. Y la hipoteca, al constituirse en garantía de los mismos, resultará, en cuanto al principal, una hipoteca ordinaria o de tráfico; respecto de los intereses, una hipoteca de máximo, y, finalmente, en cuanto a las costas, una hipoteca de seguridad. Por ello, y según las citadas resoluciones, en lógica aplicación del principio de especialidad, es necesario determinar por cada concepto una concreta responsabilidad, sin que puedan englobarse, sino que han de constar perfectamente diferenciadas.

A efectos estrictamente hipotecarios, es importante destacar además que mientras la finca hipotecada permanezca en poder del deudor hipotecante, la cobertura de intereses es absoluta: se extiende a todos los impagos y no prescritos, sea cual fuere su cuantía. Pero si después de constituida la hipoteca aparece un tercer adquirente de dominio o derecho real sobre la misma finca, la cobertura hipotecaria sólo alcanza al tope máximo que necesariamente debe señalarse en la inscripción de constitución, conforme a los artículos 12, 114, 146 y 147 y concordantes de la Ley y reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 20 de mayo de 1919, 17 de octubre de 1932 y 18 de marzo de 1946, entre otras) y unánime doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que nuestro Derecho positivo es contrario al anatocismo, como claramente proclama el artículo 317, 1.º, del Código de Comercio al regular el préstamo mercantil. En el mismo sentido, el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, antes citado, habla solamente de los intereses del crédito capital, y la garantía hipotecaria no comprende nunca los *intereses de intereses*, como afirmó ya una centenaria Resolución de 3 de mayo de 1884 y lo sigue manteniendo la doctrina hipotecarista más moderna, como ROCA SASTRE (*Derecho hipotecario*, edición de 1968, tomo IV, volumen 1.º, pág. 512) o CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE (*Comentarios a la legislación hipotecaria*, 3.ª edición, año 1983, tomo VI, página 547). El sistema legal previsto para el aseguramiento de los intereses vencidos y no satisfechos es el de la hipoteca de ampliación, conforme al artículo 115, que se produce siempre sin perjuicio de tercero, según el mismo artículo y el 126, ambos de la Ley Hipotecaria. Ello es congruente con el párrafo 2.º del artículo 317 del Código de Comercio, citado por el recurrente en su escrito (pero no por la escritura) para llegar a una conclusión un tanto sorprendente y distinta de la pretendida en el título. Naturalmente que los intereses líquidos y no satisfechos pueden capitalizarse como aumento del capital, conforme al citado precepto; pero tal mutación no se opera de un modo mágico; el hecho de que los intereses pasen a formar parte del principal implica jurídicamente una novación del primitivo contrato de préstamo (en esencia, de capital fijo), lo cual, a efectos de la hipoteca que lo garantiza, ha de sujetarse a lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley, antes citado, complementado instrumentalmente en este punto por el artículo 144, según el cual «todo hecho o convenio entre las partes que pueda modificar... la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, como... la novación del contrato primitivo..., no surtirá efecto contra tercero, como no se haga constar en el Registro por medio de una inscripción nueva...». Es decir, en el terreno hipotecario, la capitalización permitida por el artículo 317 del Código de Comercio no se

produce internamente de modo automático, casi taumatúrgico; requiere el oportuno convenio, sujeto a inscripción, y que no podrá perjudicar a tercero inscrito con anterioridad. Cualquier otra interpretación llevaría al absurdo de la imposibilidad de conocer la responsabilidad hipotecaria, dado que todos los elementos del préstamo, incluso el propio capital, tendrían cuantificación distinta al paso del tiempo.

Y de la cláusula 4.ª de la escritura, que la calificación del que suscribe considera defectuosa, resulta:

1.º Que la responsabilidad por intereses de demora no se especifica ni distingue de la correspondiente a intereses ordinarios. Antes bien, *se engloba*, como veremos al tratar de la cláusula 8.ª de la misma escritura calificada.

2.º En la base de cálculo de tales intereses moratorios se introduce una cantidad, la correspondiente a impuestos, que resulta ilíquida y provoca absoluta indeterminación, como antes dijimos. Además, en cierto modo, puede considerarse ilegal, por cuanto las cuotas tributarias sólo pueden experimentar los recargos e intereses de demora impuestos por la Ley Fiscal, y únicamente en favor de la Hacienda Pública.

3.º Tampoco se determina si el interés de demora estipulado —el 18 por 100— sería aplicable anualmente o en relación al concreto periodo mensual de liquidación contemplado. De entenderse esto último, cosa posible según la dicción literal de la cláusula (no obstante, el art. 1.108 del Código Civil, aplicable sólo en defecto de pacto), resultaría que el interés moratorio anual se elevaría al 216 por 100; tan descomunal cifra es ejemplo patente de los absurdos jurídicos a que pueden conducir las imprecisiones contractuales. Y aunque en el escrito de recurso se rechace tal interpretación maximal, es muy cierto que dicho escrito no es el título inscribible sometido a inscripción.

Por todo lo expuesto, procede ratificar el tercer defecto señalado en la nota, calificándolo, no obstante, de subsanable, al ser posible constituir, por los cauces legales, una hipoteca de seguridad y de máximo en garantía de intereses moratorios, con la debida especificación y separación de los ordinarios.

Para rebatir el *defecto sexto* de la nota, en su apartado A, el recurrente rechaza la «interpretación» (*sic*) dada por el Registrador a la cláusula 8.ª de la escritura calificada, y propone otra que, en definitiva, reconoce la existencia del defecto. Ya de entrada resulta sorprendente en materia de hipotecas tener que «interpretar» cuál es la responsabilidad hipotecaria, que ha de expresarse en puros términos cuantitativos y no cualitativos; sería lo mismo, o acaso peor, que tener que «interpretar» el precio de una compraventa. Y si, efectivamente, hay que «interpretar», parece que la cláusula discutida, esencial, no está correctamente redactada; desde luego, desde el punto de vista personal del informante, después de veintiún años de ejercicio profesional y miles de hipotecas calificadas, es el primer caso en que contempla tan original estipulación.

Pero descendiendo ya a las cuestiones objetivas, cabe afirmar que la citada cláusula viene a ser un compendio de la *indeterminación* acusada ya en anteriores cláusulas, y que ha sido objeto de los razonamientos contenidos en los anteriores apartados 2.º, 3.º y 4.º del presente informe,

a los que expresamente nos remitimos en méritos a la brevedad, con las únicas apostillas siguientes:

A. Evidentemente, al señalar la responsabilidad por «intereses» (sin otra precisión), fijándolos en la cantidad de «ochocientas diez mil pesetas», que se dice corresponde a «tres años», al tipo de «dieciocho enteros por ciento anual», involucra cuestiones muy distintas y que conducen a un resultado verdaderamente contradictorio en sus propios términos, por las razones siguientes:

1.ª Por un lado, la cantidad citada se establece como *resultado matemático* (relacionado con un cálculo cuyas bases se expresan a continuación en la misma cláusula), pero no como *máximo predeterminado* (entendido, conforme al *Diccionario de la Real Academia*, como «límite superior o extremo a que puede llegar una cosa»). Ello impide considerar fijado el máximo hipotecario (que no es el resultado de un cálculo, aunque éste exista contablemente, pero no explícito), sobre todo cuando no se expresa a qué clase de intereses se refiere. Y que se fije dicho máximo, límite o cantidad total, llámese como se quiera, no es una exigencia arcaica de «fórmulas sacramentales» por el Registrador, como parece argumentar el recurrente, sino una exigencia lógica del principio de determinación.

2.ª Se habla de anualidades, lo cual, como antes dijimos, es congruente con los intereses ordinarios, pero no con los moratorios.

3.ª Por el contrario, el tipo del 18 por 100 es el fijado por la anterior cláusula 4.ª para los moratorios, con absoluto olvido de que, conforme a la 2.ª, el *único interés de momento devengable* es el del 14,50 por 100 anual, *invariable*, además, según lo estipulado, durante los primeros dieciocho meses. Ni el presunto interés revisado (al alza o baja) ni el interés moratorio tienen aplicación actual; es más, puede ocurrir que no lleguen a tenerla nunca si no se dan las condiciones para la revisión o si no se produce la mora, respectivamente. Por todo ello resulta inadmisibles englobarlos, formando un verdadero *totum revolutum*.

En este punto, el escrito de recurso parece estimar admisible que los intereses que llama «normales» tengan un tipo (el del 18 por 100) con respecto a terceros..., «con independencia de las fluctuaciones del interés variable pactado», y que se pueden «englobar en el mismo concepto de responsabilidad los intereses normales y los moratorios». Afirmando, además, que la conclusión contraria del Registrador es «llevar demasiado lejos» la doctrina de las Resoluciones de 29 de octubre de 1984, 14 de febrero y 15 de marzo de 1935. Tal opinión parece basarse en una extraña distinción entre intereses del préstamo entre partes y «respecto de tercero», olvidando que los intereses son *únicos*, tanto para unas como para otras personas, y lo que simplemente ocurre es que de garantizarse con hipoteca, y una vez fijados *ab initio* en la inscripción, conforme al artículo 12 de la Ley, en una fase posterior (la ejecutiva, sobre todo), el tercero sólo responderá hasta el máximo fijado, y siempre dentro del legal. Respecto a la comparación entre intereses ordinarios o «normales» y moratorios, nos remitimos a lo ya dicho, advirtiendo, sin embargo, que la doctrina de las resoluciones citadas no se extralimita, por cuanto establece la imposibilidad de englobar en una sola cifra intereses y costas, a pesar de la idéntica naturaleza de la hipoteca, y lógicamente, por apli-

cación del mismo principio de especialidad, tampoco se pueden englobar las responsabilidades de otros dos conceptos distintos, los intereses ordinarios y los moratorios, de distinta base de cálculo, tipo aplicable y devengo, como vimos.

4.ª Además, en la hipótesis de suponer que el extraño pacto analizado se refiere a intereses moratorios, como en el sistema establecido por el artículo 114 de la Ley, en defecto de pacto preciso se entiende que la hipoteca asegura «los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente», cabría interpretar que, en el presente caso, y aparte de las 810.000 pesetas de referencia, la hipoteca así pergeñada aseguraría dichas dos anualidades, equivalentes, como mínimo (al tipo inicial del 14,50 por 100), a 435.000 pesetas, o sea, en suma, 1.245.000 pesetas, cantidad muy superior a las 1.087.500 pesetas que, como máximo de cinco anualidades al tipo inicial pactado, puede asegurar la hipoteca por el concepto de intereses, según el párrafo 2.º del citado precepto legal. Por lo cual, también en tal supuesto habría que rechazar la inscripción. En materia de fijación de responsabilidad no caben interpretaciones, sino la simple expresión de los datos concretos, aparte de que el Registrador ha de «calificar» la legalidad de las cláusulas, pero no interpretarlas a efectos de complementar su expresión equívoca.

B. En cuanto a la responsabilidad hipotecaria por *costas y gastos*, la cláusula examinada engloba, aparte de las propiamente dichas o de procedimiento, toda clase de anticipos heterogéneos, gastos notariales, registrales, fiscales, reales u *ob rem* de la finca hipotecada, etc., con extensión tan desmesurada del concepto que lo convierte en un auténtico «cajón de sastre», con absoluta indeterminación de sus componentes.

El escrito de recurso, en este punto, niega la imprecisión achacada, limitándose a afirmar que la «enumeración es bastante completa» (sobre todo por remisión a otras cláusulas), y que «en caso de ejecución, dichos gastos serán pormenorizados y adquirirán el carácter de líquidos con el debido control jurisdiccional» (*a posteriori*).

Contra ello cabe advertir:

1.º Que el concepto de costas y gastos siempre se ha entendido en el mundo jurídico con relación a los gastos legales que las partes hacen y deben satisfacer con ocasión y dentro de un procedimiento judicial. Así lo entiende la doctrina civilista (PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER: «gastos de ejercicio del *ius persequendi*); la procesalista (por ejemplo, GUASP: «serie de desembolsos que es preciso hacer dentro de un proceso para la persecución o defensa del Derecho»); así como la específicamente hipotecaria (ROCA: «expensas que deberán efectuarse cuando, vencida la obligación hipotecaria, deba el acreedor entablar el correspondiente procedimiento de ejecución»). Así lo confirma el artículo 126 de la Ley Hipotecaria al establecer en su tercer párrafo el perjuicio de tercero sólo por razón de «costas judiciales». Las demás quedan fuera de la hipoteca en garantía de préstamo. Aparte de que, como señala Roca (*ob. cit.*, tomo IV, vol. 2.º, página 979, nota 1), que cita además diversas resoluciones de los Juzgados de Primera Instancia de Barcelona, la cláusula escrituraria de costas y gastos tiene «un evidente carácter sancionador o penal, y las normas de esta naturaleza, sean legales o convencionales, no pueden interpretarse extensivamente, endureciendo o agravando la pena o sanción».

2.º La tasación de costas que, en su caso, proceda viene regulada por normas de carácter procesal y, por tanto, imperativo: artículos 421 y siguientes, 1.474 y 1.475 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 131, reglas 5.ª y 15.ª, de la Ley Hipotecaria, etc., sin que «ninguno de sus trámites pueda ser alterado por convenio entre las partes», conforme explícitamente preceptúa el artículo 129 de la misma Ley. De ahí que la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1956 afirme literalmente que «si bien el Código Civil, tanto en su artículo 1.091 como en los 1.255 y 1.278, consagra el principio de Derecho *pacta sunt servanda*..., ello no es obstáculo ni significa oposición para que en concretos procedimientos —*ejecutivos*, tercerías, desahucios, entre otros—, *aun cuando figure concertada cosa diferente*, el juzgador imponga de modo expreso el pago de las costas a litigante determinado y, por el contrario, a que en otros casos, aunque en ellos exista convenido que tal sanción vaya aneja a un supuesto incumplimiento de lo contratado, no se haga por el Tribunal imposición de ellas, y esto, en virtud de ser de libre apreciación la condena de costas, razón por la que no cabe impugnar en casación el uso que hacen los juzgadores de su prudente arbitrio, *ya que el criterio opuesto sería conceder a los contratantes una facultad que corresponde exclusivamente a la función judicial*, como tiene reconocido esta Sala en sentencias reiteradas, que, por ser notorias, no es preciso mencionar». Hasta aquí, la luminosa doctrina del Tribunal Supremo. La autonomía de la voluntad está radicalmente excluida en esta materia; no cabe el pacto *contra legem*, por reiterados que sean los usos bancarios, de dudosa justificación legal.

3.º A la consideración anterior puede añadirse, desde el punto de vista estrictamente hipotecario, el del tercero, y conforme a las Resoluciones de 9 de febrero de 1898 y las anteriormente citadas de 1935, que la hipoteca no puede extenderse a garantizar cualesquiera gastos «relacionados» más o menos directamente con la obligación principal, que de hecho (véase, por ejemplo, los de seguro) se derivan de contratos distintos al de préstamo, que no trascienden de la esfera personal, pues respecto de tercero, por mucho que éste adquiera la finca hipotecada, serán siempre *res inter alios acta*. El tercero, volvemos a repetir, sólo responde de las costas en los términos estrictos legales (arts. 126; 131, regla 5.ª, y concordantes, antes citados), sin que tampoco tenga que esperar a la liquidación que, en su caso, proceda, por ser la cantidad total reclamada ilíquida (cfr. artículos 1.464, 1.465 y 1.467, 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Por ello, tales gastos complementarios y accesorios quedan fuera de la hipoteca.

Por las razones expuestas, reafirmamos la existencia de otro defecto insubsanable de que adolece el título, que afecta, sobre todo en el apartado A, a la esencia fundamental de la hipoteca que se pretende constituir, por lo que resulta imposible su inscripción, al quedar indeterminada la responsabilidad hipotecaria.

5. INFORME DEL NOTARIO

Que en cuanto al tercer defecto de la calificación registral hay que considerar que el segundo párrafo de la cláusula cuarta no se puede con-

siderar un caso de anatocismo, y así lo considera la doctrina registral, estando dicho pacto permitido por el artículo 317 del Código de Comercio y no se considera aplicable a este caso el artículo 115 de la Ley Hipotecaria; por tanto, hay que remitirse a lo expuesto a propósito del defecto segundo de la nota de calificación. Por último, en la escritura no se especifica si el interés de demora del 18 por 100 lo es anualmente o en otros períodos de tiempo; es una *omisión que constituye un defecto subsanable*.

Que en lo concerniente al sexto defecto de la calificación registral, se opta por la solución de englobar en un solo concepto los intereses ordinarios y los de demora, y en su favor aboga el hecho de que en los artículos 12 y 114 de la Ley Hipotecaria, entre otros, se habla de intereses, sin distinción, y de otro lado, también es de considerar que aunque unos y otros tienen distinta base de cálculo, y unos son periódicos y otros no lo son, en ambos casos se trata de rendimientos de un capital; y, por otro lado, la cláusula octava es válida en cuanto a la manera de expresar la fijación de los límites de responsabilidad de la finca por razón de la hipoteca en lo que a intereses se refiere, respondiendo de los intereses de tres años, y así no se supera la limitación del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, y como se trata de un préstamo a interés variable, se fija un tope de tipo de interés en perjuicio de ese tercero posible adquirente de la finca hipotecada, según Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 y 31 de octubre de 1984, y además, en dicha cláusula se indica que la suma de esos intereses de tres años al tipo del 18 por 100 supone una cantidad que en ningún caso es superior a cinco años de interés al tipo inicial, dándose cumplimiento a lo establecido en el artículo 226 del Reglamento Hipotecario; por último, en la cantidad indicada para costas y gastos, se pretende incluir como garantizadas una serie de prestaciones accesorias, y hay que preguntarse si es contraria dicha resolución al principio de especialidad; las Resoluciones de 14 de febrero y 15 de marzo de 1935 rechazan el criterio afirmativo en lo que se refiere a los intereses de demora, como quedó visto, pero no en los supuestos que en la cláusula octava se enumeran, y se considera que la esencia de la cuestión están en la posible imprecisión de la enumeración que en este caso se da.

6. AUTO PRESIDENCIAL

Segundo.—El principio de especialidad exige que las responsabilidades por intereses, gastos y costas aparezcan claramente diferenciadas, a fin de que se conozca tanto por las partes como los terceros la determinación de cada crédito y se eviten las ambigüedades, se elimine la confusión y se dé cumplimiento a los fundamentos del sistema inmobiliario español (Resolución de la Dirección General de los Registros, de 29 de octubre de 1984), doctrina que es aplicable no sólo en los supuestos contemplados en dicha resolución, sino también, cuando se trate de intereses, si en la determinación de éstos existe tal confusión, por contemplarse en el préstamo garantizado intereses normales e intereses moratorios, sin que sea lícito que en la mención de garantía que de los intereses se hace en la cláusula octava, se puedan entender englobados unos y otros, que tienen distinta base de cálculo, tipo aplicable y devengo, sin olvidar que la im-

precisa cifra de 310.000 pesetas no se establece como máxima, sino, cual dice el Registrador, como resultado matemático, lo que impide estimar como fijado el máximo de garantía hipotecaria, con infracción de los artículos 12 de la Ley Hipotecaria y 219 del Reglamento y Resoluciones de 26 y 31 de octubre de 1984, siempre exigible cuando entre los intereses se pacta un tipo variable.

Tercero.—En la misma línea cabe apreciar que la cláusula octava de la escritura comprende, aparte de las costas judiciales en sentido estricto, toda clase de gastos accesorios, anticipos, impuestos y otros conceptos ajenos a la hipoteca, lo que no es admisible, pues aparte de su imprecisión, hay que tener en cuenta que el tercero sólo responde de las costas en los términos legales (arts. 126 y 135, regla 5.ª, de la Ley Hipotecaria).

Cuarto.—Por lo expuesto es ajustado a Derecho el defecto sexto, adecuadamente señalado como insubsanable en la nota del Registrador, por afectar esencialmente a la hipoteca que se pretende constituir, lo que imposibilita su inscripción al quedar indeterminada la responsabilidad hipotecaria; imposibilidad que implica la desestimación del recurso en cuanto se pretende con el mismo que se ordene inscribir la escritura de constitución de hipoteca unilateral, todo ello con abstracción de los demás motivos planteados en el recurso, que no es preciso considerar en cuanto no son supuestos necesarios de la definitiva denegación de inscripción que acertadamente hace el Registrador.

7. DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN

3. Agrupamos la consideración del defecto 3.º (cláusula 4.ª de la escritura) y el defecto 6.º (cláusula 8.ª de la escritura) porque en ellos se plantean diferentes cuestiones, conexas entre sí por referirse a intereses asegurados por la hipoteca:

Primera cuestión: Hay que partir de que en la escritura (cláusula 2.ª) se ha estipulado un interés inicial anual del 14,50 por 100 y, a la vez, se ha estipulado la variabilidad del interés en función de determinados tipos de intereses preferenciales. Después, en otra cláusula (cláusula 8.ª) se establece que la hipoteca se constituye en garantía del capital prestado, «de 810.000 pesetas de sus intereses de tres años al tipo de 18 enteros por 100». Hay que partir, porque así resulta —contra la objeción del Registrador— con claridad del conjunto de la escritura, de que este tipo del 18 por 100 es anual. Pero, no obstante, tiene razón el Registrador cuando se opone a la inscripción de esta cláusula, porque la cantidad señalada como fija, por intereses, estaría en contradicción con el juego variable de los mismos; debe resultar con claridad de la escritura que los intereses que la hipoteca garantiza —haya pasado o no la finca a tercer poseedor— no son otros intereses que los variables que procedan según el contrato de préstamo, y que las cifras fijas —810.000 pesetas, 18 por 100— sólo tienen el valor de cifras máximas de responsabilidad.

Segunda cuestión: Relacionando la cláusula 4.ª de la escritura con la 8.ª resulta que, en el concepto intereses, se ha querido englobar —a efectos de extensión de la garantía hipotecaria— tanto los intereses convenidos en retribución del préstamo (intereses remuneratorios) como los intere-

ses producidos por no cumplirse a su tiempo la obligación de devolver la cantidad prestada (intereses moratorios). El Registrador se opone a esta cifra global por exigirle el principio de determinación. Y tiene también en esto razón, porque una y otra obligación por intereses tienen naturaleza y régimen distintos; los remuneratorios nacen del contrato mismo y vencen inexorablemente según vencen los plazos pactados; los moratorios no derivan directamente del contrato, sino de la conducta (incumplimiento por mora) ulterior de una de las partes. Unos y otros van a tener, por consiguiente, distinto título para conseguir su efectividad hipotecaria. Como la hipoteca puede, en principio, garantizar todo tipo de obligaciones, cabrá también extender la hipoteca a esta otra obligación que no deriva directamente del contrato de préstamo. Pero por exigencia del principio de especialidad (cfr. arts. 9 y 12 de la Ley Hipotecaria) ni puede englobarse la cifra por intereses moratorios en la hipoteca por costas y gastos (como se dijo ya en la Resolución de 29 de octubre de 1984), ni puede englobarse tampoco en la cifra por intereses de préstamo; por el contrario, de quererse que también estos intereses resulten hipotecariamente garantizados, deben precisarse separadamente, en cuanto a esta otra obligación futura garantizada, las circunstancias que la identificarán y la cifra máxima de responsabilidad. Si bien rige, para uno y otro tipo de intereses —que a estos solos efectos deben ser computados conjuntamente—, el límite máximo imperativo de las cinco anualidades, prescrito por el artículo 114 de la Ley Hipotecaria. Por lo demás, excluidos los intereses moratorios de la cobertura hipotecaria ahora debatida, no procede examinar las otras cuestiones relacionadas con ellos, a que se alude en el defecto 3.º de la nota recurrida.

4. El defecto 6.º (cláusula 8.ª de la escritura) se refiere, finalmente, a una cuestión muy importante porque está muy generalizada la práctica de incluir en la cifra global por costas y gastos no sólo las costas y gastos judiciales, sino cualesquiera otros gastos más o menos relacionados con el contrato y que, habiendo sido anticipados por el prestamista, deban ser, en definitiva, según el contrato, de cargo del prestatario. De la Ley de Hipoteca Mobiliaria (art. 6.º) resulta un criterio favorable a la inclusión en la misma cifra global de aquellos gastos extrajudiciales que, como las primas de seguro del bien hipotecado, estén en íntima conexión con la conservación y efectividad de la garantía; éste puede ser también el caso de los anticipos por aquellos impuestos que constituyen afecciones preferentes a la hipoteca, o por gastos de la comunidad en régimen de propiedad horizontal y otros de análoga trascendencia en relación con la hipoteca misma. Pero una fórmula que, como la de la escritura, comprende «en general los gastos de esta operación, que siendo a cargo de la parte prestataria o del titular del bien hipotecado hayan sido satisfechos por el prestamista», no puede ser aceptada porque, como resulta de otros considerandos, la parte prestataria ha asumido obligaciones que son, en rigor, ajenas a la obligación garantizada y a la conservación y efectividad de la garantía. Si se quiere que los reembolsos por anticipos relativos a estas otras obligaciones sean también garantizados por hipoteca, se requerirá constituir hipoteca especial por deuda futura con las consiguientes precisiones relativas a cada deuda y al respectivo importe máximo garantizado.

8. APOSTILLAS

1. Aquí se concentra la doctrina fundamental del recurso respecto a la determinación de la responsabilidad hipotecaria.

2. Contra la objeción del Registrador, admitida por el Notario autorizante, que la considera una «omisión que constituye defecto subsanable», la Dirección parte de que el tipo del 18 por 100 es «anual», «porque así resulta con claridad del conjunto de la escritura». De acuerdo, pero ello supone más «interpretar» que «calificar», teniendo en cuenta que, por ejemplo, los períodos de liquidación son mensuales.

3. Rotundamente, en cambio, se afirma la necesidad de que consten con toda claridad las cifras máximas de responsabilidad hipotecaria. Y éstas no consisten en un cálculo sobre tipos de interés inexistentes por inactuales, sino en el simple señalamiento de una cifra tope, de esa «cantidad global» o máxima de que habla el artículo 220 del Reglamento.

4. Asimismo, se rechaza de plano acumular en una sola cifra de responsabilidad los intereses remuneratorios y moratorios o éstos y las costas y gastos. Para la garantía hipotecaria de tales intereses moratorios es necesario señalar específica y separadamente una cifra concreta y máxima de responsabilidad.

Llegados a este punto, el Centro Directivo sienta la afirmación, que quizá resulte polémica, de que los importes de ambos tipos de intereses, remuneratorios y moratorios, deben ser «computados conjuntamente» para saber si la *suma* de ambos máximos de responsabilidad excede o no del límite imperativo de las cinco anualidades marcado por el artículo 114 de la Ley. Esta concreta cuestión no se había planteado en el recurso (porque, evidentemente, la cifra global de 810.000 pesetas establecida en la escritura no excede del tope de cinco años al tipo inicial del 14,50 por 100).

Dada la urgencia con que se redactan estas apostillas, cabe observar, sintéticamente, que tal computación conjunta:

- Parece avenirse mal con la distinta naturaleza de ambas clases de intereses.
- Con la consideración de que el citado artículo 114 sólo contempla los intereses ordinarios o remuneratorios.

Ahora bien, en favor de la postura adoptada cabe argüir:

- En primer lugar, que es la más consecuente con el sistema legal (basado en el tope de intereses, complementado con la hipoteca de ampliación). Hasta el punto de que, como decía ya la Exposición de Motivos de la Ley de 1861, «el tercer adquirente..., que no conoce el descubierto en que puede hallarse el deudor, y que naturalmente presume que está al corriente en el pago de intereses en el hecho de no haberse reclamado contra la hipoteca, quede perjudicado por omisión e incuria del acreedor o tal vez por mala fe de éste combinada con la del deudor. De ahí proviene que, a imitación de muchos Códigos, se proponga la cuantía de intereses que deban considerarse asegurados con la hipoteca, introduciendo la presunción *iuris et de iure* de que el acreedor renuncia a ella en la parte relativa a los demás intereses en el hecho de no reclamarlos o de no haber exi-

gido una ampliación de inscripción sobre los mismos bienes hipotecados con objeto de asegurar lo devengado antes». Siempre fue, pues, propósito legal evitar los fraudes.

- Aparte de ello se consiguen otras finalidades prácticas, como es la de evitar la acumulación de ocultos intereses impagados hasta importes tales que dificulten la contratación futura sobre la finca hipotecada, o en caso de ejecución parcial de la hipoteca por intereses, cerrar el paso a manipulaciones con los intereses moratorios, de tipo sensiblemente más alto que los ordinarios.

5. Si se había planteado en el recurso la cuestión de cómo se computa ese máximo legal de los artículos 114 de la Ley y 220 del Reglamento (precepto este último no citado ni en los vistos). En base a la consideración de que en el momento de constituir e inscribir la hipoteca sólo existe un único tipo de interés, el inicial (que por pacto necesariamente se mantendrá invariable durante cierto tiempo), dado que los futuros tipos aplicables variables pueden no llegar a tener existencia (si no se dan los supuestos necesarios para la variación), y a que por su propia variabilidad esencial no pueden servir para el cómputo de un período quinquenal, no me cabe ninguna duda de que para el cómputo de ese máximo legal sólo pueden tenerse en cuenta esas cinco anualidades de intereses *al tipo inicial*. A la misma conclusión conduce el artículo 219, 3.º, del Reglamento al establecer que en la inscripción conste el tipo o módulo de estabilización «vigente en la fecha del otorgamiento de la escritura». Así parece entenderlo también el Notario autorizante. La Dirección nada expresa sobre este punto, quizá por considerarlo obvio.

6. En cuanto a *costas y gastos*, la Dirección confirma el defecto. Pero después de referirse a la generalizada «práctica» de incluir en tal concepto «no sólo las costas y gastos judiciales, sino cualesquiera otros gastos más o menos relacionados con el contrato», parece, en un verdadero *obiter dictum*, manifestar opinión favorable a algunos de ellos (primas de seguro, impuestos preferentes, gastos de comunidad horizontal). Se apoya para ello en el artículo 6 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria, apoyatura no muy firme, en mi modesta opinión, si se tiene en cuenta la distinta naturaleza de los bienes hipotecados y la circunstancia de que en determinados tipos de hipoteca mobiliaria (por ejemplo, la de vehículos de motor) y de prenda sin desplazamiento, el seguro es obligatorio, es un *prius* legal a la inscripción, conforme, entre otros, a los artículos 36 y 57 de la misma Ley.

Aparte de ello, habría que tener en cuenta que por esa vía se desemboca fácilmente en el *totum revolutum*, que se trata de evitar: que la hipoteca constituida en garantía específica de un determinado contrato de préstamo se convierta en garantía real indirecta de otros contratos más o menos relacionados, por razón del objeto, con él. La hipoteca, derecho real típico, no puede convertirse en atípico, con las gravísimas consecuencias que acarrearía perturbar lo que es su esencia, la realización de valor por la vía ejecutiva, que, no olvidemos, es de orden público.

Además, desde el punto de vista del «justo equilibrio» de las contraprestaciones (reafirmado por el art. 10 de la Ley de Defensa del Consumidor), ¿no es cierto que el acreedor hipotecario se beneficia con la pura revalorización monetaria de la finca, con las mejoras que el prestatario haga en la misma, etc.? ¿A qué viene entonces rasgarse las vestiduras

en el caso de que el deudor desatienda el pago de un seguro que puede haberse convertido en extraordinariamente gravoso para su economía, o se niegue a pagar recibos de contribución en que se incluyan recargos como los recientemente declarados ilegales? Regúlese quizá de forma más completa y moderna la cuestión de la devastación, pero no creo conveniente introducir cuerpos extraños en el delicado mecanismo de la hipoteca sin la oportuna y minuciosa regulación legal.

Con todo, y tras esa consideración *obiter dicta*, la Dirección sienta la buena doctrina de la necesidad de constituir hipoteca especial por deuda futura para esos especiales reembolsos adicionales.

* * *

VENCIMIENTO ANTICIPADO

1. CLÁUSULA DE LA ESCRITURA

Quinta.—*Vencimiento anticipado*: No obstante el vencimiento pactado, vencerá de pleno derecho el préstamo y será exigible la restitución del importe del mismo, vivo o no amortizado, y los intereses devengados, incluso de demora, hasta el momento de reclamar al prestamista la efectividad del vencimiento anticipado, en los siguientes casos:

a) Cuando incumpliere cualquiera de las obligaciones contraídas en virtud del presente contrato y en especial por la falta de pago de cualquiera de los vencimientos de interés y plazos de amortización del capital prestado.

b) Cuando se comprobase inexactitud de los datos de la parte prestataria o en los documentos aportados por ella, que sirvan de base a la concesión del préstamo o a la vigencia del mismo.

c) Cuando por cualquier circunstancia sufriere deterioro o merma el bien hipotecado que disminuya su valor en más de un veinte por ciento respecto al tipo fijado para subasta y la parte prestataria no ampliase la hipoteca a otros bienes suficientes para cubrir la relación exigible entre el valor del bien fijado para subasta y el crédito que garantiza. Dicho deterioro o disminución de valor se acreditará por la prestamista mediante certificación de tasación expedida por la Sociedad de Tasación, S. A., o entidad similar especializada, y conforme a la legislación específica por la que se rijan para dicho fin las mencionadas sociedades especializadas.

d) Cuando la parte prestataria sea declarada en quiebra o en concurso de acreedores, o cuando presente solicitud para ser declarada en suspensión de pagos.

e) Si aparecieran sobre la finca cargas no consignadas en esta escritura.

f) Si la hipoteca que aquí se pacta no quedase inscrita en el Registro de la Propiedad en el plazo de cuatro meses a partir del día siguiente al de hoy, ya por denegarse o suspenderse su inscripción o por cualquier otra causa no imputable a la Sociedad acreedora.

g) Si la parte deudora enajenara, gravara o arrendara, concertara cualquier contrato que suponga cesión de disfrute de la propiedad a un tercero cualquiera de la finca hipotecada o alterara su destino originario

sin consentimiento escrito del acreedor. No será obstáculo a la validez de este pacto entre las partes el hecho de que no se inscriba en el Registro de la Propiedad como cualquier otro de naturaleza personal, a cuya inscripción se renuncia desde ahora.

2. NOTA DE CALIFICACIÓN

Cuarto.—La cláusula 5.ª, que señala las causas de vencimiento anticipado de la hipoteca, se deniega totalmente, salvo en lo relativo al impago de los plazos de amortización e interés, por las razones siguientes:

1.ª En cuanto al resto del apartado a) y la totalidad del b), por su falta de objetividad, toda vez que al no preverse control jurisdiccional alguno respecto a la exactitud de la causa, el contrato, ya unilateral y de adhesión, quedaría exclusivamente al arbitrio de la parte acreedora, en contra de lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil. 2.ª En cuanto al apartado c), por las mismas razones anteriores y, además, por opuesta al artículo 117 de la Ley Hipotecaria de Derecho necesario. 3.ª En cuanto al apartado d), por tratarse de causas personalísimas del deudor, que sólo podrían tener eficacia mientras la finca se conserve en poder del hipotecante, y reguladas por preceptos de carácter imperativo. 4.ª En cuanto a los apartados e) y f), por la misma razón anterior 1.ª, y, además, por opuestas, respectivamente, a los principios de publicidad y calificación registral. 5.ª Finalmente, en cuanto al apartado g), por opuesta al principio de libre disponibilidad y libertad jurídica, conforme al artículo 27 de la Ley y reiteradísima doctrina de la Dirección General.

3. ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

Defecto cuarto.—Se muestra conformidad con la calificación registral, con las siguientes salvedades:

a) El resto de la cláusula a) de vencimiento anticipado de la escritura (disposición quinta) no puede rechazarse con carácter general, pues será válida en tanto en cuanto resulten inscritas o inscribibles «las diferentes obligaciones contempladas en el contrato en su conjunto», y no lo será si ello no es posible, rechazándose la falta de control jurisdiccional, puesto que ello siempre es posible al ser accesible a cualquiera el auxilio de los Tribunales.

b) La causa de vencimiento anticipado que se relaciona bajo la letra c), se entiende válida en tanto no hace más que recoger lo establecido en el número 3.º del artículo 1.129 del Código Civil y sin que, además, lo pactado se oponga a lo establecido en el artículo 117 de la Ley Hipotecaria, que establece sólo una posibilidad del acreedor ante el deterioro o disminución de valor, *doloso o culposo*, de la finca hipotecada y que, a nuestro juicio, no impide el pacto mencionado. En definitiva, pensamos que al acreedor se le ofrecen dos alternativas: una, dar por vencido el préstamo conforme a lo pactado; otra, acudir al auxilio judicial para re-

mediar el daño conforme al artículo 117 de la Ley Hipotecaria, sin necesidad de dar por vencido el crédito.

En todo caso, es conveniente señalar que, en el pacto de referencia, no se ha hecho más que establecer por voluntad de los contratantes, lo que se establece y regula con carácter imperativo en la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario de 25 de marzo de 1981, artículo 5, párrafo 3.º

c) No acertamos a entender por qué se opone al principio de publicidad registral, al señalar como causa de vencimiento anticipado del crédito el que aparezcan sobre la finca cargas no mencionadas en la constitución pública de hipoteca en forma unilateral, si tenemos en cuenta que la inscripción registral de la hipoteca es constitutiva y, por tanto, cuando se produzca su acceso al Registro pueden haberse alterado las circunstancias de cargas de la finca tenidas en cuenta en la formalización del contrato de préstamo, que es anterior, cuya alteración de circunstancias se eleva, en virtud de pacto por las partes, a la categoría de condición resolutoria.

4. INFORME DEL REGISTRADOR

Quinto.—En cuanto a las heterogéneas *causas de vencimiento anticipado* del préstamo, reguladas con bastante imprecisión en la cláusula 5.ª de la escritura, el escrito de recurso «muestra conformidad con la calificación registral», estableciendo, no obstante, algunas «salvedades». Para mejor exposición, el informante cree necesario repasar el catálogo de defectos señalado en la nota a las distintas cláusulas:

1.º La del apartado a), referente al «incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas», así como la del apartado b), relativa a la «inexactitud» de datos o documentos ajenos al propio préstamo. Aparte de la dificultad práctica de su prueba suficiente y la imposibilidad (conforme a los arts. 1.435, 3.º; 1.467, 2.º, y cc. de la Ley de Enjuiciamiento Civil) de que pueda exigirse en juicio ejecutivo el vencimiento anticipado del plazo, al ser cuestión previa, resultaría, además, que dada la imprecisión y falta de objetividad (no se prevé control jurisdiccional) de estas cláusulas, el contrato de préstamo, ya unilateral y de adhesión, quedaría en su cumplimiento al arbitrio exclusivo del Banco acreedor. Ello está radicalmente prohibido por el artículo 1.256 del Código Civil. A mayor abundamiento, es preciso recordar que el artículo 10 de la Ley de Defensa del Consumidor, antes citada, sanciona con nulidad de pleno derecho, entre otras cláusulas, las que otorguen a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el «contrato», o inviertan «la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario» o introduzcan en el contrato «reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual».

En este punto, el recurrente parece aceptar, por omisión en su rechazo, la no inscripción del apartado b), y respecto del a) se limita a decir que «será válida en tanto en cuanto resulten inscritas o inscribibles las diferentes obligaciones contempladas en el contrato en su conjunto, y no lo será si ello no es posible». Baste decir, en cuanto a este punto, que «el

contrato en su conjunto» contemplado en la minuta es bastante complejo, como antes dijimos, y el Registrador, al calificar sus cláusulas, ha de contemplar no sólo el conjunto, sino cada una en particular para rechazar aquellas que aun siendo válidas y eficaces *inter partes* carezcan de trascendencia real, lo cual veta su inscripción. Si la minuta redactada por el Banco acreedor, por cierto no sometida a la calificación notarial (toda vez que el Notario autorizante, al final de la cláusula 17.ª, se limita a decir «redactada con arreglo a minuta»), pretende aplicarse, con la generalidad típica de los contratos de adhesión, a cualesquiera relaciones con los clientes del Banco, ello resulta cuestión ajena a la calificación registral, que el Registrador debe realizar caso por caso y no en masa.

2.º En cuanto al *apartado c)*, el escrito de recurso comienza por modular la imprecisa locución de que «por cualquier circunstancia sufriera deterioro o merma el bien hipotecado», que es precisamente lo que dice la escritura calificada para apoyarse en el artículo 117 de la Ley Hipotecaria, que establece expresamente, como presupuesto de ejercicio de la acción de devastación, que el deterioro se produzca «por dolo, culpa o voluntad del dueño». ¿Y quién debe apreciar tal circunstancia? Evidentemente, sólo la autoridad judicial. A mayor abundamiento, el recurrente establece una doble y antijurídica alternativa a favor del acreedor: «una, dar por vencido el préstamo conforme a lo pactado; otra, acudir al auxilio judicial para remediar el daño conforme al artículo 117 de la Ley Hipotecaria, sin necesidad de dar por vencido el crédito». Es decir, con prepotencia absoluta, se contraviene el citado artículo, que es de Derecho necesario, y se coloca en rango subordinado al auxilio judicial.

Ante tal apreciación, sólo cabe decir brevemente que la cláusula calificada, al prescindir totalmente de la posibilidad de prueba en contrario del deterioro y, lo que es todavía más grave, de la necesaria intervención judicial, contradice abiertamente el régimen legal. Olvida, además, que, conforme al artículo 219, 2.º, del Reglamento Hipotecario, entre las diversas medidas legales que el Juez, discrecionalmente, puede adoptar, no figura exclusivamente la muy grave y extrema de vencimiento anticipado del crédito. En conclusión, y como afirma expresamente el considerando octavo de la Resolución de 4 de julio de 1984, que deniega la inscripción de una cláusula similar a la analizada, «la *seriedad* que debe presidir el contenido de los asientos registrales y el rigor de los efectos del derecho de hipoteca *no autoriza a que aparezcan reflejados en los mismos todo tipo de pactos y circunstancias*, y, en concreto, el de que la justificación de la mengua de valor de los inmuebles que va a producir el efecto del vencimiento de su obligación pueda obtenerse a través del informe de Peritos tan parcialmente designados».

A continuación, el escrito de recurso verifica una muy destacada remisión a la regulación especial del Mercado Hipotecario, que resulta totalmente incongruente por las siguientes razones:

1.ª Porque ni en ésta ni en otras cláusulas de la escritura calificada ninguna referencia se hace a tal regulación. Tampoco el préstamo garantizado está acogido expresamente a dicha regulación, ni siquiera cumple los cánones legales de la misma.

2.ª Porque la cita, meramente numérica y no de contenido, que se hace, quizá *ad pompam vel ostentationem*, al artículo 5, párrafo 3.º, de la Ley

de Regulación del Mercado Hipotecario de 25 de marzo de 1981 (BOE de 15 de abril, Aranzadi núm. 900), tergiversa totalmente el sentido del precepto, el cual se limita a disponer que cuando el valor del bien hipotecado, según la tasación oficial del mismo, realizada con una serie de requisitos legales que no se cumplen en el presente caso, «desciende por debajo de la tasación inicial en más de un 20 por 100, la institución financiera podrá exigir la *ampliación de la hipoteca* a otros bienes, a menos que el deudor opte por la devolución de la totalidad del préstamo o de la *parte de éste que exceda* del importe resultante de aplicar a la tasación actual el porcentaje utilizado para determinar inicialmente la cuantía del mismo». Esto es, reconoce la facultad del acreedor de exigir hipoteca de ampliación (lo que es normal, como antes vimos), a la vez que la facultad de optar del deudor en el mismo supuesto, por la devolución total o meramente parcial del préstamo (facultad mucho más amplia que la de la escritura calificada y menos gravosa para aquél); pero es claro que de ningún modo dice que el Banco, unilateralmente, pueda declarar el vencimiento anticipado del préstamo. Para no alargar innecesariamente este informe, nos remitimos a lo que sobre la materia del mercado hipotecario establecen el Real Decreto 85/1982, de 17 de marzo, y las Ordenes complementarias de 14 y 22 de junio de 1982, 10 de enero de 1983 y 4 de octubre de 1985, entre otras, que desarrollan ampliamente los aspectos de tasación.

3.º En cuanto al *apartado d)*, ninguna alegación en contra de la nota de calificación se hace en el escrito de recurso, por lo que parece se acepta el defecto. Por si necesario fuese, cabe afirmar que el concurso, la suspensión de pagos y la quiebra con causas personalísimas de insolvencia del deudor (las dos últimas referidas a comerciantes), que no pueden trasladarse ni afectar a tercero. Piénsese en el absurdo que supondría que en los centenares de pisos vendidos por una compañía constructora a compradores beneficiados por la legislación de VPO, con hipotecas vigentes, se pretendiese el vencimiento anticipado de todos los préstamos, con el correspondiente reembolso, por causa de la declaración de suspensión de pagos o quiebra de tal Compañía. Por otro lado, la legislación concursal regula esta materia con carácter rigurosamente imperativo, señalando en cada caso las consecuencias de la declaración de insolvencia, tanto respecto de las deudas (cfr., por ejemplo, los arts. 1.915 del Código Civil y 883 del de Comercio), como respecto de la posición jurídica de los acreedores del insolvente, por lo que deja sin contenido la autonomía de la voluntad en esta materia. Por ello, los pactos sobre la misma, o bien son superfluos e innecesarios, por ser mera reproducción de normas legales imperativas, o bien, si pretendieran modificarlas, resultan contrarios al orden público e ininscribibles.

4.º Por lo que respecta al *apartado e)*, el escrito de recurso afirma que no acierta a entender en qué se opone a la publicidad registral la aparición de cargas no mencionadas en la escritura. Brevemente, cabe observar, desde el punto de vista estrictamente hipotecario, que la cláusula calificada adolece una vez más de la imprecisión tantas veces acusada al título, al hablar genéricamente de «cargas», sin especificar si son reales, registrales, preferentes o no, extrínsecas o intrínsecas, etc. Por otro lado, parece olvidar que la hipoteca no cierra el Registro y que ningún pacto de la misma puede ni siquiera coartar la libertad de contratación. Además, desde el punto de vista meramente civil, es de destacar que, confor-

me al artículo 1.129 del Código, el deudor no pierde el derecho a utilizar el plazo, salvo cuando «resulte insolvente» y «salvo que garantice la deuda». Aparte de todo ello, la cuestión, en el caso presente, resulta un tanto superflua, pues al tratarse de hipoteca unilateral, pendiente de aceptación por el acreedor, éste tiene siempre la posibilidad de rechazarla en caso de disconformidad con la situación de cargas de la finca.

5.º Respecto de los *apartados f) y g)* de la cláusula 5.ª de la escritura calificada, el escrito de recurso no hace ninguna referencia a los defectos observados, por lo que parece aceptarlos. Baste decir, por tanto, que en cuanto al apartado *f)*, el principio de libertad de calificación está reconocido claramente a los Registradores por el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, según el cual éstos califican «bajo su responsabilidad, la legalidad... de los documentos», con total independencia de los pactos introducidos por las partes y sin otras consecuencias que las prevenidas legalmente. Además, como la hipoteca no nace hasta que se inscribe, en el caso de no inscribirse, como es el presente, todo lo que ocurra respecto al contrato de préstamo y a las relaciones entre el Banco y su presunto deudor es totalmente ajeno al Registro.

Y en cuanto al apartado *g)*, la prohibición de disponer estipulada es radicalmente contraria al principio de libre disponibilidad y de libertad de contratación, conforme al artículo 27 de la Ley y reiteradísima doctrina del Centro Directivo (entre otras, Resoluciones de 25 de noviembre de 1935, 16 de junio de 1936 y 4 de noviembre de 1968).

Con lo expuesto, a juicio del que informa, quedan razonados los defectos señalados en el apartado cuarto de la nota de calificación, que en su conjunto tienen carácter insubsanable, por lo que no pueden tener acceso al Registro las causas de vencimiento anticipado así pactadas, con la única excepción válida de la relativa a la falta de pago de cualquiera de los vencimientos de intereses ordinarios y plazos de amortización del capital prestado.

5. INFORME DEL NOTARIO

Que en lo referente al cuarto defecto de la calificación registral, de la cláusula quinta de la escritura, se acepta el criterio del funcionario calificador en las causas de vencimiento anticipado señaladas con las letras *b)*, *d)*, *f)* y *g)*, y que lo consignado en la letra *d)* aparece resuelto por la Resolución de la Dirección General de 27 de enero de 1986; y que en cuanto a la causa señalada en la letra *a)*, goza de una gran generalidad, pero su aceptación o rechazo no reviste gran importancia porque se trata de una causa de vencimiento que podríamos llamar con impropiedad resumen de las demás ya consignadas expresamente; en cuanto a la causa recogida bajo la letra *c)* está implícitamente admitida en la Resolución de 4 de julio de 1984 y no se da el supuesto del artículo 117 de la Ley Hipotecaria, estamos ante un pacto válido al amparo del artículo 1.255 del Código Civil, por ello se contempla la disminución del valor «por cualquier circunstancia», es decir, que incluye el caso fortuito, y el «quid» de la cuestión reside en la objetividad de la determinación de la disminución del valor; y, por último, en lo que respecta a la causa de vencimiento anticipado establecido bajo la letra *e)*, si hubiere estado redactada en términos más

concisos y referidos a cargas registrales preferentes a la hipoteca constituida, se estima válida e inscribible, en tanto que lo que se hace es elevar a la categoría de condición resolutoria del préstamo, la modificación de las circunstancias de cargas tenidas en cuenta al contratar.

6. AUTO PRESIDENCIAL

No se pronuncia específicamente sobre este punto, al no considerarlo necesario para fundamentar la confirmación de la calificación denegatoria del Registrador.

7. DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN

5. Por el defecto 4.º [en relación con el apartado a) de la cláusula 5.ª], el Registrador deniega la inscripción de la estipulación, según la cual vencerá el préstamo del pleno derecho cuando el prestamista «incumpliere cualquiera de las obligaciones contraídas en virtud del presente contrato». Si se repasan las múltiples cláusulas de la escritura, se ve que son muy diversas las obligaciones que contrae personalmente el prestatario: Pago por intereses, aunque excedieran del máximo asegurado hipotecariamente; pago del ITE (o impuesto que lo sustituya) por intereses y amortización; fidelidad de la prestataria en los datos que sirvan de base a la concesión del préstamo o a la vigencia del mismo; obligación de no enajenar, gravar, arrendar o ceder el disfrute de la finca hipotecada o alterar su destino; pagar las contribuciones y demás gastos que deba satisfacer por razón de la finca hipotecada y de exhibir los recibos; asegurarla contra daños.

Para enjuiciar esta cláusula debe tenerse presente el doble efecto del contrato en que se contiene: las relaciones obligatorias entre prestamista y prestatario y la constitución de un derecho real sobre una finca. En la configuración de los derechos de obligación predomina el principio de autonomía de la voluntad y son excepcionales los límites que impone el orden público. En la configuración de los derechos reales predominan, en cambio, los criterios de orden público, sin negar totalmente el juego de la autonomía de la voluntad; ello es consecuencia de la propia naturaleza del dominio y de los derechos reales, pues tienen trascendencia *erga omnes* y afectan directamente al estatuto jurídico del aprovechamiento y circulación de los bienes y, por tanto, a la economía de la nación. Por eso, la flexibilidad de la configuración de una obligación debe ceder ante las exigencias del orden público en cuanto el contenido y alcance de esa misma obligación vengán a determinar, como ocurre en el caso, el contenido y alcance de un derecho real (en esta hipótesis, el de hipoteca). 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 —el que, como tal, debe ser respetado por cualquiera que devenga propietario de la finca— 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 por el Registrador involucraría en la obligación garantizada otras múltiples obligaciones con injustificado detrimento del claro perfil que el orden público y la economía exigen a los derechos reales.

En el mismo defecto 4.º se rechaza el apartado *b)* de la cláusula 5.ª, según el cual, el préstamo vence de pleno derecho cuando se comprobare inexactitud de los datos de la parte prestataria, o en los documentos aportados por ella que sirvan de base a la concesión o vigencia del mismo. La doctrina antes indicada obliga también, y por las mismas razones, a rechazar esta parte de la cláusula.

6. En cambio, debe aceptarse el apartado *c)* de la cláusula 5.ª (defecto 4.º), en cuanto establece que vencerá el préstamo de pleno derecho «cuando por cualquier circunstancia sufiere deterioro o merma el bien hipotecado que disminuya su valor en más de un 20 por 100 (cfr. los artículos 205 del Código de Comercio y 5, III, de la Ley del Mercado Hipotecario) respecto al tipo fijado para la subasta, y la parte prestataria —y hay que entender que el tercer poseedor puede también cumplir esta carga— no ampliase la hipoteca a otros bienes suficientes». Pues fundamentalmente este pacto se limita a dar concreción —lo cual es siempre deseable— a una de las facultades que integran el crédito hipotecario, conforme al artículo 1.129, 3.º, del Código Civil. Ahora bien, en este mismo apartado de la cláusula 5.ª, se establece que «dicho deterioro o disminución del valor se acreditará por la prestamista mediante certificación de tasación expedida» por determinada Sociedad Anónima. En esta breve fórmula se intenta dar solución extrajudicial a un posible conflicto futuro sobre una cuestión de hecho. Si se considera la cláusula como un compromiso de arbitraje, evidentemente es rechazable por contrario a las prescripciones de la Ley de 22 de diciembre de 1953 (sobre condiciones para ser nombrado árbitro y garantías del procedimiento); pero tampoco resulta admisible si se considera como una simple decisión de tercero, sobre acontecimientos sobrevenidos, complementadora de la relación jurídica preestablecida, pues la libre circulación de los bienes, la eficacia *erga omnes* de los derechos reales y el principio de determinación no consienten que el contenido de un derecho real quede *ab initio* pendiente del arbitrio de una persona privada cuyos intereses sobre el bien concreto, en el futuro, son impredecibles.

8. APOSTILLAS

1. El recurrente se conformó con los defectos señalados a los apartados *b)*, *d)*, *f)* y *g)* de la cláusula 5.ª de la escritura. La Dirección confirma el defecto señalado al *a)*, y asimismo el *b)*, sentando una doctrina general aplicable a todas estas cláusulas de vencimiento anticipado.

2. En cuanto al apartado *c)*, si bien se confirma el defecto, se hace al comienzo del fundamento 6 una especie de salvedad basada en el artículo 205 del Código de Comercio (que, por cierto, cifra el porcentaje del deterioro en un 40 por 100) y en el artículo 5 de la Ley del Mercado Hipotecario. Cita que no deja de causar asombro por irse a los extremos: de un lado, un añejo precepto; de otro, otro modernísimo y específico. En cambio, el artículo 117 de la Ley Hipotecaria, complementado por el 219, 2.º, de su Reglamento, fundamentales para la calificación y esenciales para resolver la cuestión específica sometida a debate, no se citan ni en los Vistos...

3. En cuanto al defecto achacado al apartado *e)*, la Dirección agrupa su examen con el *b)* de la cláusula 10.ª, como después veremos.

4. Llegados a este punto, y en el mismo momento de redactar estas apostillas, llega a mis manos el último ejemplar publicado de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 582, correspondiente a los meses de septiembre-octubre del año 1987, en el que se publica un magnífico informe del compañero JOSÉ MANUEL GARCÍA Y GARCÍA, en el que con la profundidad que acostumbra, trata con extensión de estas cláusulas de vencimiento anticipado en hipotecas. Recomendando vivamente su lectura y, por mi parte, conforme plenamente con sus argumentos, a él me remito también.

* * *

REEMBOLSO ANTICIPADO

1. CLÁUSULA DE LA ESCRITURA

Séptima.—*Reembolso anticipado*: La parte prestataria podrá, si le conviniere y previo aviso con un mes de antelación, reembolsar anticipadamente la cantidad del capital prestado satisfaciendo al Banco por vía de indemnización el tres por ciento del reembolso, sin perjuicio de la correspondiente liquidación e ingreso de los intereses devengados hasta la fecha del reembolso.

2. NOTA DE CALIFICACIÓN

Quinto.—La indemnización del tres por ciento pactada a favor del acreedor en caso de reembolso anticipado, en un contrato unilateral en que el deudor cumple con pagar, se estima ilegal y contraria a lo dispuesto en los artículos 56 y 312 del Código de Comercio, en relación con los artículos 1.153, 1.155 y 1.256 del Código Civil.

3. ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

Defecto quinto.—Pensamos que es válida la cláusula que determina la indemnización del tres por ciento, en caso de pago anticipado al acreedor, si tenemos en cuenta que, según el artículo 1.127 del Código Civil, el tér-

mino o plazo se presume establecido en favor del acreedor y del deudor, a no ser que del tenor de las obligaciones se deduzca haberse puesto en favor de uno u otro. En este caso, expresamente se pacta el plazo en interés del acreedor y es perfectamente válido fijar una indemnización para el caso de que se renuncie al mismo a instancia del deudor, que quiere pagar anticipadamente; la única especialidad radica en que el acreedor no puede negarse a renunciar al plazo percibiendo la indemnización pactada.

Los artículos 56 y 312 del Código de Comercio, citados como infringidos por el señor Registrador, parten de premisas distintas: el cumplimiento o no en el término convenido; es claro que contemplan casos diferentes.

Los artículos 1.153 y 1.155, referidos a las obligaciones con cláusula penal, también se refieren a incumplimiento de contratos, no a cumplimiento anticipado de un contrato a término.

Por último, y en relación a la posible violación del artículo 1.256 del Código Civil por la cláusula en cuestión, es evidente que la misma parte nada alude a que se deje al arbitrio de un contratante el cumplimiento del contrato de préstamo. Como queda dicho, estamos simplemente en el establecimiento de un plazo en favor del acreedor, conforme al precepto citado del artículo 1.127 del Código Civil.

4. INFORME DEL REGISTRADOR

Sexto.—En cuanto al *defecto quinto* de la nota, el escrito de recurso fundamenta su impugnación en el artículo 1.127 del Código Civil y la consideración de que «expresamente se pacta el plazo en interés del acreedor». Ello supone una vez más interpretar una cláusula contractual en vía de recurso para decir lo que literalmente no expresa. En efecto, a pesar de su aparente sencillez, la *cláusula 7.ª* de la escritura, en cuanto establece una *indemnización del tres por ciento a favor del acreedor en caso de reembolso anticipado*, suscita bastantes dudas y no deja de ofrecer serios reparos, por las razones siguientes:

1.ª En primer lugar, porque parece desnaturalizar el carácter unilateral del contrato de préstamo, contrato que una vez perfeccionado por la entrega, sólo produce obligaciones para una de las partes, el prestatario, el cual cumple con pagar «una cantidad *igual* a la recibida» (art. 312 del Código de Comercio), más los intereses pactados. Y tal recargo en el reembolso, indudablemente, agrava su posición, ya de por sí desequilibrada en los contratos de adhesión y celebrados en masa, como el préstamo bancario.

2.ª Asimismo, se produce una desnaturalización del concepto propio de la cláusula penal como obligación accesoria de garantía, pues en el presente caso sólo se concibe como pena *cumulativa*, y no precisamente para el supuesto de incumplimiento de la obligación principal, sino para el caso de cumplimiento, siquiera sea anticipado. Y es de tener en cuenta que el artículo 56 del Código de Comercio es mucho más estricto que el 1.153, 2.º, del Código Civil en orden a la posibilidad de acumulación de la exigencia de cumplimiento, a la vez que de la pena. Tal exigencia de la pena no queda al arbitrio del acreedor, sino que, según dispone expresa-

mente el párrafo 2.º del artículo 1.152, «sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuere exigible conforme a las disposiciones del presente Código. Precepto interpretado unánimemente por la doctrina (CASTÁN, BONET RAMÓN, ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, entre otros) y la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia de 21 de mayo de 1904, entre otras), en el sentido de que la mínima condición para la exigencia de la pena convencional es que el deudor esté constituido en mora. Y en este caso, el supuesto es precisamente el contrario: no sólo no hay mora, sino que el deudor cumple bien y anticipadamente, en base a una facultad que el propio acreedor le concede. Pudo el Banco negar tal beneficio de reembolso anticipado, pero una vez concedido, el principio del *favor debitoris* despliega sus naturales efectos y obliga a estimar el plazo del préstamo establecido en favor del deudor, no obstante lo dispuesto en el artículo 1.127 del Código Civil. Así lo declara en un caso similar la Sentencia de 2 de marzo de 1943 (Aranzadi 301).

3.ª A mayor abundamiento, cabe reiterar aquí los preceptos de la Ley de Defensa del Consumidor, antes citados, en orden al «justo equilibrio de las contraprestaciones», las «condiciones abusivas de crédito» o a «los incrementos de precio por servicios... que no correspondan a prestaciones adicionales», dado que aquí parece existir un recargo en el precio del dinero prestado que no corresponde a una continuación del servicio de crédito en el tiempo; antes bien, se extingue, en virtud de una facultad concedida voluntariamente al deudor. Y si éste la usa, obra conforme a Derecho, por lo que no debe sufrir penalidad o sanción.

4.ª Finalmente, en el terreno estrictamente hipotecario, no cabe duda que tan peculiar indemnización queda fuera de la cobertura del derecho real de hipoteca y, por tanto, no afecta a tercero, el cual, en el supuesto de ser requerido de pago, conforme establece expresamente el artículo 126 de la Ley Hipotecaria (y en igual sentido, la regla 5.ª del 131), únicamente deberá pagar el «crédito con los intereses correspondientes, conforme a lo dispuesto en el artículo 114»; ninguna indemnización, aunque el crédito haya vencido anticipadamente. *Tal cláusula no tiene, pues, trascendencia real*. Incluso en el puro campo de las relaciones *inter partes*, su trascendencia es nimia: si el deudor que pretende liberarse pagando anticipadamente acepta el recargo impuesto por el Banco, pagará y el crédito (y, por ende, la hipoteca) se cancelará; si no lo acepta, no pagará y el crédito quedará vigente por todo el plazo contractual.

En conclusión, y a juicio del que informa, la cláusula indemnizatoria calificada, bien sea por su dudosa licitud o *validez*, bien por su simple trascendencia *personal*, no puede ser objeto de inscripción.

5. INFORME DEL NOTARIO

Está de acuerdo con las alegaciones de la Entidad recurrente.

6. AUTO PRESIDENCIAL

No se pronuncia específicamente sobre este punto.

7. DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN

En el fundamento 1 confirma el defecto, por carecer de trascendencia real la estipulación, sentando la doctrina literal siguiente:

«La indemnización estipulada para el caso del reembolso anticipado es evidente sin prejuzgar su validez civil, que se desenvolverá en el ámbito extrahipotecario.»

8. APOSTILLAS

Sólo cabe decir que es éste uno de los aspectos que denotan que el recurso se planteó «a máximos», como antes se dijo. Que la hipoteca no cubre nunca la indemnización es evidente. Sobre cuestiones civiles..., *¿quid iuris?*

* * *

EXTENSION DE LA HIPOTECA

1. CLÁUSULA DE LA ESCRITURA

Novena.—*Extensión de la hipoteca:* La hipoteca constituida se extenderá a los objetos muebles, frutos y rentas expresadas en el artículo 111 de la Ley Hipotecaria, así como a cuanto se expresa en los artículos 109 y 110 de dicha Ley y en el 215 de su Reglamento, y particularmente a todos aquellos que expresa y respecto a los que se requiere pacto expreso para que la hipoteca se extienda a ellos.

También se pacta de forma expresa que la hipoteca se extiende a las nuevas construcciones existentes en la finca hipotecada, aunque no se haya hecho inscripción de obra nueva, así como también se extenderá dicha hipoteca a las edificaciones que en el futuro pudiera construirse sobre dicha finca.

A la extensión de la hipoteca a dichos bienes podrá renunciar expresamente la parte acreedora al solicitar la subasta de la finca ante el Juzgado que conozca del procedimiento.

2. NOTA DE CALIFICACIÓN

Séptimo.—En cuanto a la cláusula 9.ª, reguladora de la extensión objetiva de la hipoteca, la extensión prevista a las nuevas construcciones es contraria a lo dispuesto con carácter general en los artículos 112 y 113 de la Ley Hipotecaria, y en este caso concreto, además, al ser la finca hipotecada el piso quinto izquierda de un edificio en régimen de propiedad horizontal, a las disposiciones legales reguladoras de dicho régimen.

3. ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

Defecto séptimo.—Aun comprendiendo que pueda resultar de alguna impresión el segundo párrafo de la disposición novena de la escritura calificada, sí es lo suficientemente clara como para no decir lo que no dice. Efectivamente, no hay ningún pacto expreso que contrarie ni el artículo 112 de la Ley Hipotecaria ni las normas específicas del régimen de propiedad horizontal. Por el contrario, hay que estimar que cuanto se pacta es sin perjuicio de lo establecido en preceptos imperativos, cuya observancia no es preciso reseñar expresamente.

En apelación:

h) El defecto séptimo no tiene sentido, como tampoco tiene sentido la referencia a la Ley de Propiedad Horizontal.

4. INFORME DEL REGISTRADOR

Octavo.—La cláusula 9.ª de la escritura calificada, después de citar correctamente los artículos 109, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria y 215 de su Reglamento, parece olvidar la existencia de los siguientes, 112 y 113, que regulan la extensión objetiva de la hipoteca a las nuevas construcciones y que son de *ius cogens*. Además, y como se utiliza minuta general, aplicable a todos los préstamos concertados por el Banco (sin parar mientes en la finca hipotecada), llega a incurrir en el absurdo, un tanto ridículo, de extender la garantía a las «edificaciones que en el futuro pudieran construirse» sobre la finca hipotecada, que en el caso presente es el piso quinto izquierda de un edificio, delimitado lateral y verticalmente, por arriba y por abajo, por otros pisos, por lo que resulta imposible siquiera imaginar la posibilidad de tal nueva construcción. Absurdo no sólo real, sino jurídico, dada la regulación de la propiedad horizontal en la Ley de 21 de julio de 1960.

En este punto, el recurrente realiza una nueva interpretación *sui generis* de la cláusula calificada, al decir que en ésta «no hay ningún pacto expreso que contrarie ni el artículo 112 de la Ley Hipotecaria ni las normas específicas del régimen de la propiedad horizontal», y que, en todo caso, «cuanto se pacta es sin perjuicio de lo establecido en preceptos imperativos». No es precisamente eso lo que dice el párrafo segundo de la cláusula, que comienza afirmando que «también se pacta de forma expresa»... Y precisamente es lo que se deniega por contrario a los preceptos citados; y, en definitiva, si, como reconoce el recurrente, hay que estar a los preceptos imperativos, la cláusula se queda en este extremo vacía de contenido inscribible.

El defecto, insubsanable, a juicio del informante, es tan patente que no es necesario detenerse más en su examen.

5. INFORME DEL NOTARIO

Que en lo referente al séptimo defecto de la calificación, se considera que la cláusula en cuestión no es antijurídica por oponerse a la Ley de

21 de julio de 1960, porque quien construye es el titular de la finca y para ello tendrá que tener en cuenta necesariamente los predicados de esa Ley; la escritura se limita a decir que realizada la construcción, a ella se extenderá la hipoteca y siempre será de aplicación lo establecido en el artículo 112 de la Ley Hipotecaria.

6. AUTO PRESIDENCIAL

No se pronuncia específicamente sobre este punto.

7. DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN

8. El defecto séptimo (en relación con la cláusula 9.ª) plantea si puede inscribirse esta cláusula: «Se pacta de forma expresa que la hipoteca se extiende a las nuevas construcciones existentes en la finca hipotecada, aunque no se haya hecho inscripción de obra nueva, así como también se extenderá dicha hipoteca a las edificaciones que en el futuro pudieren construirse sobre dicha finca». Probablemente, la cláusula se acogió por inercia, al ser redactado el contrato —como es tan frecuente en los contratos de adhesión— con arreglo a un formulario; pues no hay gran interés en tal cláusula en el presente caso, en que el bien hipotecado es un piso en régimen de propiedad horizontal. Ahora bien, el interés, aunque más o menos remoto, no deja de existir, particularmente en la hipótesis posible de transformación de la propiedad del piso en un derecho de cuota sobre el edificio entero o sobre el solar, al sobrevenir la extinción del régimen de propiedad horizontal.

Esto obliga a afrontar, en primer lugar, el grave problema de si cabe inscribir los pactos por los que se extienda la hipoteca a las edificaciones. Y a este respecto, la doctrina que surge de la Ley (arts. 110 y 112) es la siguiente: 1) Sin pacto, la hipoteca se extiende a la elevación de los edificios, pero no a las mejoras que consistan en nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere. 2) Con pacto, se extiende incluso a la nueva construcción de edificios. 3) Pero haya pacto o no haya pacto, cuando la finca pasare a un tercer poseedor, no será extensiva la hipoteca ni a la mejora que consiste en la elevación de los edificios ni a la que consiste en nueva construcción, tratándose de mejoras costeadas por el nuevo dueño.

La Ley ha querido poner este límite imperativo en favor de terceros poseedores para estimular la explotación de la finca y no causar detrimento, sin causa suficiente que lo justifique, a su valor en el tráfico. La «mejora», en relación con el objeto inicial sobre el que el acreedor adquirió su derecho de garantía, constituye un «plusvalor» —si no, no sería mejora— sobrevenido que se debe a un tercero (fueron costeadas por el tercer poseedor) y con él no se contó cuando se valoró la finca a efectos de la garantía. En la inscripción de la hipoteca no habrá confusión si, de acuerdo con la escritura, se consigna la existencia de pacto expreso entre acreedor e hipotecante para que la hipoteca se extienda a edificaciones futuras.

Pero si los términos de la escritura sobrepasan el alcance relativo que al pacto señala el artículo 112 de la Ley Hipotecaria —como ocurre en el caso ahora enjuiciado, pues de la escritura resulta que se pretende extender, sin distingos, la hipoteca a las edificaciones que en el futuro pudieran construirse sobre dicha finca— entonces es procedente la denegación de esta cláusula.

8. APOSTILLAS

Se confirma la nota denegatoria, y se destaca el aspecto del contrato como «de adhesión» y redactado «con arreglo a un formulario». Aspecto éste muy importante para apreciar todo el conjunto, y no sólo esta cláusula.

* * *

CONSERVACION DE LA GARANTIA

1. CLÁUSULA DE LA ESCRITURA

Décima.—*Conservación de la garantía:* La parte prestataria queda obligada:

- a) A la buena conservación de la finca hipotecada.
- b) A pagar las contribuciones e impuestos, arbitrios y demás gastos legítimos que deba satisfacer por razón de la finca hipotecada, exhibiendo los recibos que se libren por tales conceptos a la Sociedad acreedora, si a la misma así le interesa.
- c) A tener asegurada del riesgo de daños e incendios la finca hipotecada por todo el tiempo de duración de este contrato y por cantidad no inferior al precio fijado para subasta, dejando a disposición de la Sociedad acreedora las indemnizaciones que por tal concepto debiera percibir la parte prestataria de la compañía aseguradora, por lo que, a tal efecto, se ha notificado la existencia de la presente hipoteca a la Compañía «EQUIS, S. A.».

El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones antes establecidas en esta cláusula, así como el impago de la prima de seguros, dará lugar al vencimiento de pleno derecho del préstamo y legitimará para exigir judicialmente la restitución de su importe vivo, o no amortizado, y de los intereses devengados, incluso por ejecución hipotecaria, sin perjuicio de la indemnización de daños y perjuicios que proceda conforme a derecho.

También vencerá el préstamo de pleno derecho y será exigible incluso por ejecución hipotecaria la restitución inmediata de su importe vivo y de los intereses devengados, así como la indemnización de daños y perjuicios procedentes conforme a derecho, si la parte deudora hubiera enajenado o gravado la finca hipotecada o celebrado sobre ella contrato de arrendamiento sin autorización escrita y expresa de la prestamista.

2. NOTA DE CALIFICACIÓN

Octavo.—En cuanto a la cláusula 10.ª de la escritura, se deniega la inscripción de los apartados *a)* y *b)* de la misma, así como su párrafo final, por las mismas razones antes expresadas al exponer el defecto cuarto.

3. ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

Defecto octavo.—Hay conformidad con la calificación registral, excepto en el rechazo del apartado *b)*, en tanto en cuanto le importa a la parte acreedora el pago de los impuestos que gravan el dominio de la finca hipotecada, ya que crean una preferencia de la Hacienda Pública al propio acreedor hipotecario. Por esta razón, entiende una parte de la doctrina que es válido el pacto que ahora se rechaza, que puede dar lugar al vencimiento anticipado.

4. INFORME DEL REGISTRADOR

Noveno.—En cuanto al defecto octavo, referente a la cláusula 10.ª de la escritura, el recurrente muestra su conformidad con la calificación, salvo en lo referente al apartado *b)* de la citada cláusula (relativa al pago de impuestos, arbitrios y gastos), por lo que nos limitaremos a decir brevemente:

1.º Que se trata de una simple obligación *personal*, y absolutamente *indeterminada* en orden a su cuantía, por lo que les es aplicable la misma doctrina expuesta al desarrollar apartados anteriores.

2.º Que las preferencias a favor de la Hacienda Pública vienen impuestas legalmente y no pueden evitarse por pacto. Aparte de que, en su caso, la aplicación absoluta de la obligación pactada (cuyo cumplimiento, una vez más, tiene como único árbitro al Banco) pudiera causar indefensión del deudor, obligado a pagar incluso una liquidación errónea.

Por todo ello, aparte su intrascendencia real, se reafirma la no inscripción del apartado *b)* de dicha cláusula 10.ª de la escritura calificada.

5. INFORME DEL NOTARIO

Que en lo que afecta al octavo defecto de la calificación registral hay que considerar que en la cláusula 10.ª, apartado *b)*, de la escritura estamos en presencia de una obligación legal que no se pretende alterar, sino que se trata de elevar el no cumplimiento de la misma a la categoría de condición resolutoria del crédito con las consecuencias en orden al ejercicio de la acción hipotecaria que ello traería consigo; la doctrina registral lo admite como un pacto frecuente en las hipotecas.

6. AUTO PRESIDENCIAL

No se pronuncia específicamente sobre este punto.

7. DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN

En el fundamento 7 agrupa la consideración del defecto atribuido al apartado *c)* de la cláusula 5.^a, y a esta cláusula en su apartado *b)*, único que subsiste, dada la conformidad del recurrente al resto, y establece la doctrina siguiente:

7. En cuanto al apartado *c)* de la cláusula 5.^a (defecto 4.º) y el *b)* de la cláusula 10.^a (defecto 8.º), que por su generalidad no pueden tampoco pasar el Registro, habrían sido admisibles de haberse limitado a establecer el vencimiento automático de la obligación garantizada, si aparecieran 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 en la del 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 establecida.

8. APOSTILLAS

Se confirma la nota denegatoria, y se vuelve a manifestar la insistente preocupación por el posible deterioro de la garantía hipotecaria como consecuencia del impago de impuestos, gastos preferentes o primas de seguro. Nos remitimos a lo antes dicho, sin más que añadir que el vencimiento automático abriría la vía de la ejecución automática..., y el deudor, en un procedimiento tan expedito como el sumario, tendría muy escasas posibilidades para su defensa. Los automatismos, en Derecho, se compadecen mal con el principio de la tutela efectiva, y sinceramente pienso que la solución a la posible devastación debe encontrarse por otra vía.

* * *

PROCEDIMIENTOS DE EJECUCION

1. CLÁUSULA DE LA ESCRITURA

Undécima.—*Procedimiento*: Si llegara el caso de que la Entidad acreedora tuviera que hacer efectiva por la vía judicial la totalidad o parte del capital, intereses y gastos, podrá ejercitar, a su plena elección, la acción declarativa o la acción ejecutiva ordinaria, o el procedimiento especial sumario que establece el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, o el extra-judicial previsto en los artículos 234 y 235 del Reglamento Hipotecario,

designándose como mandatario a estos efectos a la Sociedad acreedora, por quien podrá actuar cualquiera de sus Apoderados con facultades para conceder préstamos hipotecarios o para enajenar por precio bienes inmuebles.

A los efectos procesales y para que sirva como tipo *en la subasta* que corresponda, tasan la finca que se hipoteca en CUATRO MILLONES DE PESETAS.

Asimismo, la parte prestataria señala como domicilio legal para la práctica de los requerimientos, notificaciones y citaciones a que haya lugar en la finca hipotecada.

En todos los casos de reclamación judicial podrá la Entidad acreedora solicitar y obtener la administración de los bienes hipotecados y la posesión interina de los mismos, con facultad de cobrar las rentas vencidas y las que falten por vencer, cubriendo con ellas los gastos de explotación y conservación que exijan los bienes, hasta donde alcance, y aplicando el sobrante si lo hubiere, previa deducción de un cinco por ciento que hará suyo como premio de administración al pago de los intereses y del capital de su crédito en este orden. Obtenida la administración y posesión interina de los bienes, la parte acreedora ejecutante podrá hacer constar por acta bajo fe de Notario el acto de toma de posesión.

Ocupado el bien hipotecado por la parte hipotecante, ésta lo desalojará en el improrrogable plazo de un mes a partir de la notificación fehaciente que le haga la acreedora de haber obtenido la posesión interina de los bienes hipotecados.

2. NOTA DE CALIFICACIÓN

Noveno.—En la cláusula 11.ª, asimismo, se deniega la facultad de toma unilateral de posesión, así como la obligación de inmediato desalojo por opuestas a la regulación de la administración y posesión interina establecida en el artículo 131, regla 6.ª, de la Ley y sus concordantes.

3. ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

Defecto noveno.—Se rechaza la cláusula 11.ª por estipularse la facultad de toma unilateral de posesión y la obligación de inmediato desalojo, por opuestas al artículo 131, regla 6.ª, de la Ley Hipotecaria y sus concordantes:

En la cláusula de referencia, después de decir textualmente: «... en todos los casos de reclamación judicial podrá la Entidad acreedora solicitar y obtener la administración de los bienes hipotecados y la posesión interina de los mismos...», y más adelante: «... Obtenida la administración y posesión interina de los bienes...», se establece, efectivamente, la facultad de hacer constar por acta notarial el acto de la toma de posesión.

Es claro que se distingue perfectamente entre la posesión y administración jurídica y la posesión de hecho. A esta última sólo se refiere el acta notarial, pues la otra se dice que se pedirá y se obtendrá en su caso. En cualquier forma, para nada se dice que la toma de posesión material

se vaya a hacer con la oposición (que sería, desde luego, antijurídica) del titular de la finca hipotecada.

En cuanto al convenio de desalojo, no se opone a ningún precepto legal, se trata «simplemente» de evitar el trámite de su ejecución por vía judicial.

Resumiendo, la parte de la cláusula que se rechaza, no se mueve en los términos de posesión jurídica, sino de posesión de hecho.

4. INFORME DEL REGISTRADOR

Décimo.—En cuanto a la cláusula 11.ª de la escritura, respecto de la cual en la nota se formula el defecto octavo, el escrito de recurso rechaza la existencia del defecto en base a la distinción que establece entre posesión «jurídica» y «posesión de hecho», para mostrar, una vez más, su propensión a las vías de hecho, al objeto de «evitar el trámite de su ejecución por la vía judicial» (*sic*).

Nos llevaría mucho tiempo adentrarnos en la intrincada teoría de la posesión; baste afirmar, en defensa de la nota:

1.º Que desde el punto de vista estrictamente civil, la *traditio* requiere el concurso de voluntades de *tradens* y *accipiens*, por lo que ningún efecto produce esa extraña acta de toma de posesión unilateral.

2.º En el terreno procesal, aparte los tan reiterados razonamientos en el cuerpo del presente informe respecto a la inalterabilidad por pacto de las normas correspondientes, es preciso advertir, en el punto específico de la posesión y administración interina, que, conforme a los artículos 1.530 y 1.521 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento, y el artículo 131, 6.º, de la Ley Hipotecaria, la Resolución de 13 de junio de 1935 afirma rotundamente que «aun pactada la administración a favor del acreedor..., sólo tiene éste el derecho de pedirla y, por tanto, deberá obtenerla del Juez que conozca del procedimiento, sin que le sea lícito entrar en su ejercicio *'ipso iure'* y sin el cumplimiento de ese requisito». Así, pues, la posesión ha de ser obtenida siempre por la vía «judicial», como confirma el párrafo último del artículo 131 de la Ley.

3.º Desde el punto de vista hipotecario, baste decir que, conforme al artículo 5.º de la Ley, «los títulos referentes al mero o simple hecho de poseer no serán inscribibles». Así, pues, el acta y convenio a que se refiere la cláusula rechazada, aparte su ilegalidad, están completamente al margen del Registro.

Por tanto, existe el defecto imputado, a juicio del que informa.

5. INFORME DEL NOTARIO

Que en lo referente al noveno defecto de la calificación registral, en la cláusula 11.ª de la citada escritura no se dice que se obtendrá *ipso iure* la administración y posesión interina de la finca hipotecada, como dice el señor Registrador en su informe, y el rechazo de la cláusula no tiene su base en razón de su ilegalidad, sino tan sólo en el hecho de que el simple

hecho de poseer queda al margen del Registro (art. 5 de la Ley Hipotecaria).

6. AUTO PRESIDENCIAL

No se pronuncia específicamente sobre este punto.

7. DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN

9. En cuanto al defecto 9.º (cláusula 11.ª de la escritura), contra lo que estima el Registrador no hay en la cláusula la facultad de toma unilateral y extrajudicial de la posesión, puesto que claramente se refieren los otorgantes a que el acreedor, en caso de reclamación judicial, puede «solicitar y obtener la administración de los bienes hipotecados y la posesión interina de los mismos». Y a efectos hipotecados no importa que se quiera, además, documentar notarialmente la administración y posesión interina obtenida en vía judicial. Si, además, el acreedor, por virtud de un pacto especial, debe todavía soportar, a pesar de haber obtenido ya judicialmente la posesión, el plazo de un mes para que el dueño de la finca hipotecada ultime el desalojo, no es pacto tampoco que repugne a normas imperativas y que, por tanto, haya de ser excluido del Registro.

8. APOSTILLAS

1. Se revoca el defecto, y se afirma que «a efectos hipotecarios no importa que se quiera, además, documentar notarialmente la... posesión interina por vía judicial», y que el «pacto especial» relativo al desalojo no repugna a «normas imperativas» ni ha de ser «excluido del Registro».

2. Evidentemente, si la cláusula no pretendía establecer la facultad de toma de posesión unilateral y extrajudicial de la posesión, bien revocado está el defecto en cuanto a este aspecto. Pero con algo de suspicacia, si ni siquiera se pretende modalizar la regulación legal en este aspecto, ¿qué fin cumple?...

3. Ahora bien, en el terreno que verdaderamente interesa, el estrictamente hipotecario, y conforme al artículo 5 de la Ley, rigurosamente imperativo, por cierto, no cabe duda que el simple y mero hecho de poseer está al margen y expulsado legalmente del Registro. En ello coincide expresamente el Notario autorizante. Por ello, en mi modesta opinión, sigo sin ver ningún efecto hipotecario en esa extraña acta notarial, a otorgar en el futuro, por la parte acreedora, con el único objeto de hacer constar un hecho posesorio. Quizá, en este punto, adelanté la calificación denegatoria que, conforme al artículo 5 de la Ley (no citado en la nota, pero sí en el informe), pudiera merecer el acta otorgada a tal fin, presentada a inscripción.

* * *

OTRAS CLÁUSULAS DE LA ESCRITURA

Para no dejar incompleto el supuesto de hecho examinado, se incluyen a continuación otras cláusulas calificadas, de las que sólo plantean problema la 12.^a y la 15.^a, objeto del defecto 10.º, con el que se conformó el recurrente y que, por tanto, no fueron objeto de debate.

Duodécima.—*Gastos*: Serán de cuenta de la parte prestataria los gastos de esta escritura, así como los de la primera copia para la Entidad acreedora; los de la escritura de aceptación y también los de su inscripción en el Registro de la Propiedad; los de la cancelación de la hipoteca, y todos los impuestos que por todo ello hayan de satisfacerse, así como los impuestos que hoy gravan o en lo sucesivo graven el capital y los intereses de esta clase de contrato.

También queda obligada la parte deudora a satisfacer todas las costas, gastos y perjuicios a que diere lugar por faltar al cumplimiento del presente contrato, incluso los honorarios y derechos del Letrado y Procurador, si la parte acreedora se valiese de su intervención y si llegase a adquirir la propiedad de los bienes hipotecados, en cualquiera de los supuestos procesales en que ello es posible; las partes contratantes convienen en que la parte acreedora tendrá la facultad de descontar del precio de remate o adjudicación el importe del impuesto municipal sobre el incremento del valor de los terrenos, y gastos inherentes a la cancelación de la afección registral correspondiente, en su caso, así como a los de la carga que en esta escritura se establece.

Decimotercera.—*Fuero*: La compareciente, según actúa, de acuerdo y con renuncia expresa a su propio fuero, si fuese distinto, se somete para el cumplimiento, interpretación y para cuantas cuestiones se susciten del presente contrato a la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales de Madrid.

Decimocuarta.—*Calificación registral*: Si la calificación registral estimase bajo su responsabilidad que cualquiera de los pactos, cláusulas, párrafos, menciones o apartados de esta escritura no es inscribible, por ser de naturaleza personal, los otorgantes consienten que denegando la inscripción de los mismos, se inscriba este título y quede constituida la hipoteca haciéndose constar en el título presentado los pactos denegados, su calificación y los motivos de ésta.

Decimoquinta.—*Segundas copias*: De acuerdo con el artículo 234 y concordantes del Reglamento Notarial, la parte deudora, hipotecante en la presente, da conformidad expresamente y desde este mismo instante a que, en caso de que así lo solicitara la parte prestamista, con su sola intervención se expidan segundas y posteriores copias de la presente escritura, con los efectos prevenidos en el número 1 del artículo 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Decimosexta.—La parte hipotecante otorga unilateralmente esta escritura y pide al señor Registrador de la Propiedad su inscripción, de acuerdo con lo previsto en el artículo 141 de la Ley Hipotecaria, sin perjuicio de su posterior aceptación por el Banco.

Redactada con arreglo a minuta.

APOSTILLA FINAL

Llegados al término de este largo examen analítico, no me cabe duda de que la cuestión de la calificación registral de las actuales hipotecas

sigue planteada, y no obstante la clarificada resolución recaída, a la que sigue otra causada por idéntica minuta, todavía dará mucho que hablar.

Por mi parte, y para no cansar más la paciencia del lector, sólo dos puntualizaciones al contenido final de la nota de calificación:

- Que el adjetivo «esencial» (muy poco grato al recurrente) que apellida el defecto sexto (en el renglón anterior tildado al modo clásico de «insubsanable») supone una simple variación de expresión de la misma idea de absolutividad, necesaria, en términos discursivos, para explicar la denegación total de la inscripción de la escritura presentada.
- Y la referencia a la inaplicación en este caso del artículo 434 del Reglamento se debe no a que sea improcedente en materia de hipotecas la denegación parcial, sino a que en el caso presente los defectos incidían prácticamente en todas las cláusulas y, sobre todo, en la esencia del derecho real pretendido. Denegada la garantía de todo interés, de las costas, etc., reducida la cobertura prácticamente al principal, poca hipoteca quedaba por inscribir, a pesar de lo previsto en la cláusula 14.^a (sin duda, pensada para *pacta adiecta*, no esenciales). Aparte de que el diálogo previo con el presentante y demás interesados en que se basa la aplicabilidad del citado artículo 434, y el 429, no fue posible en este caso, y no por intención del que suscribe.

CÉSAR GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA
Registrador de la Propiedad

EN FASE DE EJECUCION DE SENTENCIA, SI DEL CORRESPONDIENTE JUICIO DECLARATIVO RESULTA PROBADA LA GANANCIALIDAD DE LA DEUDA, EN EL MANDAMIENTO DIRIGIDO AL REGISTRADOR ORDENANDO LA ANOTACION PREVENTIVA DEL EMBARGO, EL JUEZ HABRA DE EXPRESAR LA RESPONSABILIDAD DIRECTA DE LOS BIENES GANANCIALES PARA QUE AQUELLA PUEDA PRACTICARSE. CASO CONTRARIO, LA MISMA SE SUSPENDERA HASTA QUE SE PRESENTE DICHA DECLARACION (RESOLUCIONES DE 28 DE OCTUBRE, 6 Y 12 DE NOVIEMBRE DE 1987. «BOE» DE 24 Y 26 DE NOVIEMBRE DEL MISMO AÑO).

I. SUPUESTOS DE HECHO Y DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL

1.º Resolución de 28 de octubre de 1987

Hechos.—1. En juicio de mayor cuantía 1665/1981, tramitado en el Juzgado de Primera Instancia número 16 de Madrid, promovido por demanda interpuesta por «Santos y Redondo, Sociedad Anónima», contra don José Monterrubio Rodríguez y la «Cooperativa de Viviendas Anque-Madrid», por la que se reclamaba la cantidad que éstos debían al demandante, en virtud de contrato de ejecución de obras celebrado con la Cooperativa para construir varios chalés-viviendas en la colonia de «Los Angeles» de Pozuelo de Alarcón, uno de los cuales se adjudicó al socio