

Un problema de hipoteca: unas cláusulas de vencimiento anticipado y de interés variable no inscribibles

La hipoteca es una institución de gran importancia. Gracias a ella se construyen las ciudades. Gracias a ella las personas obtienen créditos o préstamos para la adquisición de sus viviendas o locales de negocio. Las entidades de crédito obtienen, en virtud de la hipoteca, una garantía suficiente y de fácil realización. Por eso, la hipoteca debe ser fomentada y cuidada por la legislación, por la jurisprudencia y por la doctrina.

Pero la hipoteca no se debe utilizar ni aprovechar para estipular toda una serie de pactos abusivos o desproporcionados e incluso muchas veces innecesarios. Una escritura de hipoteca debería ser un documento sencillo y breve, de fácil lectura y comprensión. Y, sin embargo, en la práctica se trata de un documento tortuoso, incomprensible para la mayor parte de las personas, y con hasta quince o diecisiete estipulaciones, que pueden producir un gran confusionismo. Y es que la hipoteca es nada más ni nada menos que una garantía sobre un bien inmueble para asegurar la devolución de un crédito y sus intereses y costas judiciales en su caso. Todo lo demás sobra porque no es necesario para el acreedor, y es atosigante para el deudor.

Por tanto, no se trata de hacer crítica a la hipoteca. Se trata de que en la práctica están surgiendo —han surgido ya— alrededor del préstamo hipotecario una serie de cláusulas desconectadas de la causa principal del contrato, que si no fuera por la función registral, encargada de controlar y velar por la legalidad, constarían en los libros registrales, con grave perjuicio para los prestatarios. El Juez no puede intervenir

de momento, pues no se plantea en tales casos un conflicto de intereses por la vía contenciosa. El prestatario no plantea ningún conflicto ante tales cláusulas, porque se somete obedientemente a ellas, ante la necesidad de obtener el préstamo. Es la función registral, similar en muchos puntos a la judicial, en la esfera de jurisdicción voluntaria, la que debe velar porque tales cláusulas abusivas o innecesarias no tengan acceso al Registro de la Propiedad. El Derecho no es sólo un conflicto de intereses en el plano contencioso. Si sólo fuera eso, se minimizaría el concepto mismo del Derecho. Diariamente se está haciendo Derecho al calificar documentos que de momento no plantean ningún problema contencioso y que probablemente ya nunca lo platearán precisamente por existir esa función preventiva en que consiste la calificación registral.

Una de las facetas de la función calificadora de los Registradores de la Propiedad es precisamente esa de seleccionar dentro de ese bosque que constituyen hoy día las escrituras de hipoteca, aquellos pactos que tienen relación con la institución de la hipoteca, para darles acceso al Registro, excluyendo de la inscripción toda esa serie de estipulaciones impropias e innecesarias a efectos de la hipoteca. En la práctica diaria insisten los Registradores en excluir de la inscripción toda una serie de pactos; pero a pesar de todo, por mimetismo o por lo que sea, siguen proliferando los documentos de hipoteca que contienen multiplicidad de estipulaciones improcedentes. Es una labor sorda de la función registral, en muchos casos, pues apenas existen Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre estos problemas, al conformarse los interesados con la actuación resultante de la calificación registral.

Por todo ello considero que quizá pueda ser útil a los lectores de la *Revista* exponer un caso práctico, en el que se ha producido un auto del Presidente de la Audiencia Territorial en un recurso gubernativo contra la nota del Registrador, que ha quedado firme al no haber sido recurrido ante la Dirección General. El auto desestima el recurso fundamentalmente por razones de forma. Pero al final entra de algún modo en el fondo, al remitirse íntegramente al informe del Registrador.

La exposición del caso se hará seguidamente, distinguiendo en sucesivos epígrafes la nota del Registrador, el escrito del recurrente, el auto del Presidente de la Audiencia y, por último, el informe del Registrador, pues, aunque éste es anterior, en definitiva, el auto se remite al informe, con lo que el contenido de éste pasa a formar parte de aquél por esa vía de remisión.

I. LA NOTA DEL REGISTRADOR

La nota del Registrador no fue una nota de calificación, sino una nota de despacho del documento con exclusión de una serie de pactos de la escritura de hipoteca en virtud de la conformidad de los interesados y del presentante.

Es una nota en la que, después de indicar los datos de la inscripción, se van señalando los pactos que no fueron inscritos. Para dar contenido a esa nota, a efectos de la publicación en esta Revista, y para facilitar al lector de comprensión de la misma, se indican a continuación de cada uno de los apartados de la nota el pacto o cláusula de la escritura que corresponde a tal apartado.

La nota va diciendo lo siguiente:

«Inscrito el precedente documento al folio ... del tomo ..., libro ..., finca ..., inscripción ..., a excepción de lo siguiente:

1) *Párrafo 1, 2, de la estipulación primera*

Ese párrafo de la escritura dice lo siguiente: «El prestatario se obliga a aplicar el importe del préstamo exclusivamente a pago del precio de compra del inmueble que se describirá en la estipulación decimosexta de esta escritura».

2) *Variabilidad del tipo de interés contenida en la estipulación segunda, siendo únicamente objeto de inscripción a efectos de la hipoteca el tipo pactado como inicial del 14 por 100*

La estipulación segunda de la escritura dice así: «SEGUNDA.—TIPO DE INTERES: 2.1.—El capital del préstamo devengará desde el día de hoy, un interés anual, computado día a día, sobre la base de un año de trescientos sesenta días, al tipo que resulte de acuerdo con lo indicado en los apartados siguientes: 2.2.—A efectos de la determinación del tipo de interés aplicable, la duración de este préstamo se entenderá dividida en períodos anuales sucesivos, el primero de los cuales comienza hoy y finalizará en la misma fecha del año próximo y, así sucesivamente, hasta la terminación del contrato de acuerdo con lo previsto en la estipulación tercera siguiente. 2.3.—El tipo de interés aplicable a cada período sucesivo anual será el tipo de interés preferencial para créditos hipotecarios comunicado por «... Bank, Sucursal en España», al Banco de

España en los términos de la Orden ministerial de fecha 17 de enero de 1981 y circulares aplicables del Banco de España, vigente el día inicial del mes anterior al comienzo de cada período anual, incrementado en un margen del 0,75 por 100, que se mantendrá invariable durante toda la vida del préstamo». «Por excepción, el tipo de interés aplicable al primer período anual de vigencia de este préstamo, esto es, hasta el día 4 de noviembre de 1987, en que tendrá lugar la primera variación del tipo es el del 14 por 100». 2.4.—Dentro de los treinta días anteriores a la fecha de cada uno de los aniversarios de este otorgamiento, el Banco comunicará por escrito al prestatario el tipo de interés aplicable para el año siguiente. En caso de que el prestatario no aceptara el nuevo tipo de interés, deberá comunicarlo por escrito al Banco en el plazo máximo de quince días desde que hubiese recibido la notificación a que se refiere este apartado. De no hacerlo así, se entenderá que el prestatario acepta el nuevo tipo de interés». «2.5.—En caso de no aceptación, el prestatario quedará obligado a reembolsar la totalidad del préstamo en el plazo máximo de treinta días a contar desde que hubiese recibido la notificación del Banco, más los intereses, gastos y comisiones devengados hasta la fecha de reembolso. Hasta ese momento será de aplicación el tipo de interés aplicado en la anualidad inmediatamente anterior».

3) *Párrafos 3.3 de la estipulación tercera*

Estos párrafos, comprendidos bajo el epígrafe 3.3. de la estipulación tercera de la escritura dicen así:

«3.3. En el supuesto de que, de conformidad con lo dispuesto en la estipulación segunda anterior variara en alza el tipo de interés aplicable, se estará a las siguientes reglas: a) Las cuotas fijas mensuales pactadas deberán incrementarse en todo caso si ello fuera necesario para cubrir el pago de los intereses devengados. b) En el supuesto de que la variación del tipo de interés fuese a la baja, el prestatario podrá optar entre: (i) Mantener el importe de la cuota fija mensual y consecuentemente reducir el período de duración de este contrato. (ii) Reducir el importe de la cuota fija manteniendo la duración inicial prevista para este contrato. c) El prestatario que desee hacer uso de la opción prevista en el apartado b) (i) anterior deberá ponerlo en conocimiento del Banco en el plazo máximo de quince días desde que se le hubiese notificado el nuevo tipo de interés aplicable». «Si el prestatario no hiciera notificación alguna al Banco, se entenderá que opta por la fórmula prevista en el apartado b) (ii) anterior».

4) *Estipulaciones cuarta, sexta y séptima*

Esas estipulaciones de la escritura dicen así:

«Cuarta.—Comisiones y gastos. 4.1.—Serán de cuenta del prestatario los gastos de otorgamiento de la presente escritura, incluyendo una primera copia de este instrumento público para la entidad acreedora, los honorarios del Registrador de la Propiedad, por la inscripción o anotación del mismo y, en general, cuantos gastos se ocasionen con motivo del préstamo, su modificación y cancelación, así como todos los impuestos que hayan de pagarse por cualquier concepto como consecuencia del mismo. En caso de incumplimiento, el prestatario satisfará las costas procesales que se originen, incluso las de cualquier tercería y los honorarios y derechos del Letrado y Procurador que intervengan en el procedimiento correspondiente para hacer efectivo el crédito, en su caso, aunque no sea preceptiva su intervención».

«Sexta.—Demora. 6.1.—El impago a su vencimiento de cualquier cantidad adeudada al Banco, en virtud del presente préstamo, dará derecho al Banco a darlo por vencido en su totalidad, sin perjuicio del derecho que, en todo caso, corresponde al Banco de entender compensables y garantizables entre sí toda clase de cuentas, en cualquier moneda, que el prestatario mantenga en cualquiera de las sucursales del Banco, quedando facultado el Banco para que, sin otro aviso, pueda cancelar o reducirlos hasta donde alcancen los saldos acreedores mediante los trasposos de fondos necesarios, reteniendo e incluso realizando los valores u otra clase de depósito que el propio titular tenga o tuviese en lo sucesivo establecidos en el Banco». «6.2.—Las cantidades impagadas en la fecha debida producirán en favor del Banco un interés moratorio, que se devengará diariamente a un tipo superior en tres puntos por ciento al tipo de interés que se estuviera aplicando en ese momento».

«Séptima.—Otras obligaciones del prestatario. 7.1.—Durante la vigencia del presente contrato, el prestatario se obliga a hallarse al corriente en el pago de las contribuciones e impuestos que graven la finca hipotecada y a tenerla asegurada contra el riesgo de incendios en una compañía que sea aceptable para el Banco, subrogando a éste como beneficiario del seguro y obligándose el prestatario a satisfacer puntualmente las primas del seguro». «7.2.—El prestatario estará obligado, cada vez que se lo requiera el Banco durante la vigencia del presente contrato, a justificar el cumplimiento de la obligación anterior. En caso de quedar desatendidos los pagos a que se hace referencia en el apartado 7.1 anterior, el Banco podrá efectuarlos de forma directa por cuenta del prestatario, sin perjuicio del derecho de resolución a que se hace refe-

rencia más adelante». «7.3.—Se obliga el prestatario a que la póliza de seguro del inmueble hipotecado quede en poder del Banco durante la vigencia de este préstamo». «7.4.—El prestatario se obliga, durante la vigencia de este contrato a no arrendar la finca hipotecada por renta que no cubra las cuotas y pagos que ha de efectuar el prestatario de conformidad con este contrato, salvo previo acuerdo del Banco».

5) *Párrafos 5.2, 5.3 y 5.4 de la estipulación quinta*

Esos párrafos de la estipulación quinta de la escritura dicen así:

«Quinta.—... 5.2.—Todas las cantidades que el prestatario deba pagar con arreglo al presente contrato, ya sea por principal, intereses, comisiones, gastos u otro concepto se entenderán netos para el Banco y se pagarán por el prestatario en su totalidad, sin deducción o retención impositiva alguna y, en consecuencia, serán de cuenta del prestatario las retenciones, impuestos y tributos que en su caso fueran aplicables sobre los pagos a realizar». «5.3.—Los pagos realizados por el prestatario se imputarán de acuerdo con el siguiente orden: (i) comisiones; (ii) gastos e impuestos a cargo del prestatario de acuerdo con lo pactado en este contrato; (iii) pago de las cuotas fijas vencidas en el mismo orden de su vencimiento y, a su vez, para cada cuota, en primer lugar, el interés; en segundo lugar, el principal, y, en tercer lugar, los intereses de demora devengados». «5.4.—A efectos del presente contrato, el Banco abrirá y llevará en sus libros una cuenta especial de préstamo a nombre del prestatario. En dicha cuenta, el Banco adeudará el importe del préstamo, así como sus intereses, comisiones, gastos, intereses de demora y pagos de principal devengados de acuerdo con el presente contrato, y abonará en la misma todas las cantidades recibidas del prestatario en concepto de pago de los anteriores conceptos». «A todos los efectos queda expresamente convenido que la certificación expedida por el Banco de los saldos que arroje la cuenta a que acaba de hacerse referencia, hará fe de las cantidades adeudadas por el prestatario, que se tendrán así por líquidas».

6) *Totalidad de los apartados c), d), e), f) y g), y párrafo 8.2 de la estipulación octava y referencia a obligaciones no inscribibles en los apartados a) y b) de dicha estipulación octava*

Esa estipulación octava de la escritura dice así:

«Octava.—Vencimiento anticipado. 8.1.—El Banco podrá declarar vencido anticipadamente el préstamo con obligación del prestatario de

reintegrar, desde luego, todas las cantidades adeudadas en ese momento, en los siguientes supuestos: *a)* Incumplimiento en la fecha debida de cualquiera de las obligaciones de pago pactadas en esta escritura. *b)* Incumplimiento de cualquiera de las restantes obligaciones previstas a cargo del prestatario en esta escritura. *c)* Si tiene lugar una cualquiera de las siguientes circunstancias: (i) el incumplimiento por el prestatario de cualquiera de sus obligaciones frente a terceros o cualquiera otra circunstancia que refleje la disminución o que ponga en riesgo su solvencia; (ii) el embargo de cualquiera de sus bienes; (iii) solicitud de concurso de acreedores o de convenio judicial o extrajudicial con sus acreedores que suponga quita o espera en el pago de sus deudas o de sus compromisos de pago; (iv) o cualquier otra acción judicial o extrajudicial que haga desmerecer la solvencia del prestatario, o (v) cualquier otra circunstancia que, de acuerdo con la ley, determine la pérdida del derecho al plazo para el deudor. *d)* La no inscripción de la presente escritura de préstamo hipotecario en el Registro de la Propiedad, cualquiera que sea la causa de la no inscripción, en el plazo de tres meses a partir del presente otorgamiento. *e)* La existencia registral de cargas o derechos de cualquier clase con rango preferente al de hipoteca que se constituye en esta escritura. *f)* Incendio de la finca hipotecada, si resultara destruida en la cuarta parte de su valor, o deterioro de la misma, también en la cuarta parte de su valor, por cualquier causa dependiente o no de la voluntad de su dueño o expropiación forzosa por cualquier causa de la finca hipotecada. *g)* No haber concertado el prestatario la póliza de seguros a que se hace referencia en el apartado 7.1 anterior antes del plazo de un mes, habiendo procedido al depósito de la póliza en el Banco de conformidad con lo que se indica en el apartado 7.3 anterior». «8.2.—Teniendo en cuenta la larga duración de este préstamo y la facultad que se concede al prestatario de amortizarlo anticipadamente a su voluntad si en razón a un cambio en la legislación vigente se impusieran al Banco nuevos requisitos de coeficientes, depósitos obligatorios, etc., en relación con este préstamo, o se incrementaran los actualmente existentes, o el mercado del dinero sufriera alteraciones de importancia, de forma que el mantenimiento en vigor de este préstamo suponga una notoria ruptura del equilibrio financiero entre las partes con grave perjuicio para el Banco, éste lo notificará así al prestatario, con el fin de pactar las compensaciones adicionales a favor del Banco que le resarzan de tal perjuicio y restablezcan la situación de equilibrio entre las partes. De no alcanzarse tal acuerdo en un plazo de treinta días desde la notificación aludida, el Banco podrá dar por resuelto anticipa-

damente el préstamo con los efectos prevenidos en el apartado 8.1 anterior».

7) *Referencia a la estipulación tercera en la novena*

La estipulación novena se refiere a la «amortización anticipada», que sí ha sido objeto de inscripción, salvo esa referencia que se contiene en el último inciso y que dice: «En caso de amortización parcial se estará a lo dispuesto en la estipulación tercera, apartados 3.3, b) (i), y (ii)».

8) *Párrafos 10.2 de la estipulación décima*

Se emplea el plural «párrafos 10.2» porque en la estipulación décima de la escritura hay dos párrafos con ese número 10.2, que dicen así:

«DECIMA.—CESION Y MOVILIZACION DEL CREDITO. 10.1...
«10.2.—No obstante lo indicado en 10.1, en caso de venta de la finca hipotecada, si el Banco así expresamente lo decidiera, el adquirente de la finca quedará subrogado en el préstamo objeto de esta escritura. La subrogación llevará aparejada el cambio de titularidad de los recibos que se expidan a partir de la fecha en que el Banco haya acordado la subrogación. A efectos de lo prevenido en este apartado 10.2, el prestatario queda obligado a notificar al Banco, por escrito, en el plazo máximo de una semana, la venta de la finca hipotecada a un tercero».

«10.2.—El Banco podrá requerir al prestatario, en cualquier momento, para que el saldo deudor que represente la cuenta especial de préstamo se documente mediante letras de cambio o pagarés. El saldo de la cuenta se cancelará mediante el abono del valor de aquéllos a ésta, previa deducción de los intereses y comisiones fijados en este contrato por el tiempo que falte hasta el vencimiento de los efectos».

9) *Referencia a los supuestos de vencimiento anticipado previstos en la estipulación octava en la estipulación undécima*

En la estipulación undécima se hace la siguiente referencia a la octava: «en garantía del puntual cumplimiento de las obligaciones asumidas por el prestatario en esta escritura, *incluso de la devolución del préstamo en los supuestos de vencimiento anticipado previstos en la estipulación octava anterior*».

- 10) *Referencia a los intereses de demora, lo referente a la variación del tipo de interés contenida en la estipulación segunda y último párrafo de los párrafos bajo números 11.2 de la estipulación undécima*

En la estipulación undécima de la escritura se pacta la constitución de hipoteca, que ha sido objeto de inscripción, pero no esas referencias que se acaban de expresar, que son las siguientes:

«Undécima... 11.2.... (i) Los intereses, *incluidos los de demora...*, y sin que cualquiera que sea el tipo de interés aplicable de acuerdo con lo previsto en la estipulación segunda anterior, la cantidad cubierta por intereses pueda exceder de ocho millones de pesetas»... «La limitación de la responsabilidad hipotecaria a que se refieren los apartados anteriores no implicará el derecho al prestamista a reclamar contra el prestatario o quien se hubiera subrogado en la deuda hipotecaria, cualesquiera otras cantidades que en virtud de este préstamo le fueran adeudadas al prestatario, sin perjuicio de la aplicación de la limitación de la responsabilidad hipotecaria establecida frente a terceros».

- 11) *Apartado e) de los párrafos bajo números 11.4 de la estipulación undécima*

Ese apartado e) de la escritura dice lo siguiente: «Para el caso de que el Banco llegue a adquirir la propiedad del inmueble hipotecado, en cualquiera de los supuestos procesales en que ello es posible, las partes contratantes convienen en que el Banco tendrá la facultad de descontar del precio de remate o adjudicación, el importe del arbitrio de plusvalía y gastos inherentes a la cancelación de la afección registral correspondiente, así como los de la carga que en esta escritura se establece».

- 12) *Lo referente a las segundas copias en la última parte de la estipulación duodécima*

Esa referencia a segundas copias en la estipulación duodécima de la escritura es la siguiente: «De acuerdo con el artículo 234 y concordantes del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944, tanto el prestatario como los hipotecantes, autorizan expresamente y desde este mismo instante al Banco para solicitar por sí solo la expedición de segunda y posteriores copias de la presente escritura, a los efectos del número 1.º del artículo 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Después de todos estos apartados, la nota registral termina con el siguiente párrafo:

«Todo ello con la conformidad del presentante y de acuerdo con el artículo 434 del Reglamento Hipotecario. Barcelona...»

II. EL ESCRITO DEL RECURRENTE, INTERPONIENDO RECURSO GUBERNATIVO CONTRA LA CITADA NOTA

José M. ..., en nombre y representación de ..., Entidad de la que ostenta el cargo de Presidente del Consejo de Administración, con poderes suficientes, según se acredita por la escritura ..., ante V. E., comparece como mejor proceda, interpone *recurso frente a la calificación del Registrador*, con base en los siguientes:

HECHOS

1.º El día 27 de noviembre de 1986 fue otorgada la escritura de préstamo hipotecario por ... a favor de don ... y doña ..., ante el Notario de Barcelona don ...

2.º Presentada a inscripción la anterior escritura, el 16 de diciembre de 1986, el Registrador de la Propiedad del Registro número 7 de Barcelona extendió nota de calificación conforme a la cual no fueron inscritas: 1) Párrafo 1.2 de la estipulación primera. 2) Variabilidad del tipo de interés contenida en la estipulación segunda, siendo únicamente objeto de inscripción a efectos de la hipoteca el tipo pactado como inicial del 14 por 100. 3) Párrafos 3.3 de la estipulación tercera. 4) Estipulaciones cuarta, sexta y séptima. 5) Párrafos 5.2, 5.3 y 5.4 de la estipulación quinta. 6) Totalidad de los apartados *c)*, *d)*, *e)*, *f)* y *g)* y párrafo 8.2 de la estipulación octava y referencia a obligaciones no inscribibles en los apartados *a)* y *b)* de dicha estipulación octava. 7) Referencia a la estipulación tercera en la novena. 8) Párrafos 10.2 de la estipulación décima. 9) Referencia a los supuestos de vencimiento anticipado previstos en la estipulación octava en la estipulación undécima. 10) Referencia a los intereses de demora, lo referente a la variación del tipo de interés contenida en la estipulación segunda y último párrafo de los párrafos bajo números 11.2 de la estipulación undécima. 11) Apartado *e)* de los párrafos bajo números 11.4 de la estipulación undécima. 12) Lo referente a las segundas copias en la última parte de la estipulación duodécima.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. LEGITIMACIÓN, TIEMPO Y FORMA

El presente recurso se interpone por persona legitimada conforme a lo señalado en el artículo 112 del Reglamento Hipotecario, actuando en su nombre quien ostenta poder bastante para representar a la Sociedad, en tiempo y forma adecuados, conforme a lo dispuesto en los artículos 113 y 129 del Reglamento Hipotecario.

II. VALIDEZ E INSCRIBIBILIDAD DE LAS CLÁUSULAS CUYA INSCRIPCIÓN HA SIDO DENEGADA

Las cláusulas cuya inscripción ha sido denegada, son perfectamente válidas al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.255 del Código Civil. Además producen eficacia real, querida por las partes, por aplicación de lo dispuesto en la cláusula 8.1 de vencimiento anticipado. Por ello son inscribibles según lo señalado en los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario.

III. DESTINO DE LOS FONDOS A LA ADQUISICIÓN DEL INMUEBLE HIPOTECADO

La cláusula 1.2 es válida e inscribible. Para el recto entendimiento de esta cláusula ha de partirse de:

- Que no existe en nuestro Derecho exigencia alguna de que el titular propietario de la finca sea el deudor personal del préstamo en cuya garantía se constituye sobre aquélla la hipoteca.
- Que a diferencia de una práctica habitual anterior, en este caso el Banco otorga el préstamo, párrafo 1.1 de la misma cláusula, antes de la adquisición de la finca.

De no admitirse la inscripción de la vinculación del destino de los fondos el Banco podría encontrarse en la situación, contraria a sus intereses y a su voluntad, de que desde el inicio de la vida de la hipoteca fueran distintas personas el titular registral de la propiedad de la finca y el deudor personal del préstamo. Quedando totalmente desvirtuada la naturaleza de la operación. Sin que el Banco tuviere remedio registral

alguno para conseguir el principal propósito buscando por las partes: conceder un préstamo y constituir una hipoteca para la adquisición de una finca.

IV. VARIABILIDAD DEL TIPO DE INTERÉS

El criterio para definir el tipo de interés variable contenido en la estipulación segunda respeta perfectamente lo señalado al respecto por la Circular del Banco de España número 12/1981, de 24 de febrero.

... Bank, S. A., y ... Bank, Sucursal en España, son entidades jurídicas perfecta y claramente diferenciadas y así se expresa en la escritura.

La calificación del Registrador ha de limitarse, conforme a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, a lo que resulte de las escrituras y asientos del Registro, sin que pueda basar su calificación ni en documentación que los interesados no tuvieron que presentar a la inscripción ni en presunciones de hecho.

En concordancia con la validez e inscribibilidad de la estipulación segunda en su conjunto, y en especial la variabilidad del interés, son también válidas e inscribibles aquellas otras cláusulas que fueron denegadas por su relación con la segunda, como son: el párrafo 3.3 de la estipulación tercera el párrafo 6.2 de la estipulación sexta, la última frase de la estipulación novena, la referencia a los intereses de demora y a la variabilidad del interés en el número 11 de la estipulación undécima.

V. COMISIONES Y GASTOS

La estipulación cuarta de la escritura es válida e inscribible. Es válida la obligación que se impone al prestatario de pagar los gastos de otorgamiento de la escritura, los honorarios del Registro de la Propiedad, cuantos gastos se ocasionen con motivo del préstamo, los impuestos que por la constitución del préstamo e inscripción de la hipoteca se generen, y las costas que se originen incluyendo las de tercera con los honorarios de Letrados y Procurador.

El carácter real que determina la inscriptibilidad de esta cláusula se desprende de:

- a) Por cuanto que conforme a la cláusula 5.3 de la propia escritura los pagos a realizar por el prestatario se imputarán: (i) comisiones; (ii) gastos e impuestos a cargo del prestatario, de acuerdo con lo pactado en el contrato; (iii) pago de las cuotas fijas

vencidas en el mismo orden de su vencimiento, y a su vez, para cada cuota, en primer lugar, el interés; en segundo lugar, el principal, y en tercer lugar, los intereses de demora devengados. De lo que se deriva que para conocer la distribución de los pagos que realice el prestatario, es necesario conocer cuáles son las obligaciones que a éste incumben.

- b) Conforme a la cláusula 8.1, el Banco podrá declarar vencido anticipadamente el préstamo con obligación del prestatario de reintegrar todas las cantidades adeudadas en ese momento, entre otros, en los siguientes supuestos: incumplimiento en la fecha debida de cualquiera de las obligaciones de pago pactadas en esta escritura y por el incumplimiento de cualquiera de las restantes obligaciones previstas a cargo del prestatario en esta escritura.

Es decir, que otorgado el préstamo y constituida la hipoteca, si el prestatario no satisficiera los gastos que el otorgamiento y la constitución entrañan, el Banco podrá declarar vencido el préstamo, surgiendo la inmediata obligación en el prestatario de pagar desde luego las cantidades adeudadas. Obligación cuya efectividad puede ser conseguida por el Banco a través de los procedimientos de ejecución hipotecaria. De lo cual se desprende que la garantía constituida a favor del Banco para el debido cumplimiento de las obligaciones consignadas en la cláusula cuarta se impone frente a terceros, ya sean poseedores de las fincas, ya titulares de otras cargas o gravámenes.

Siendo válida e inscribible la cláusula, no existe motivo para la denegación de su inscripción en el Registro.

VI. PAGO DE IMPUESTOS Y ASEGURAMIENTO DE LA FINCA

La estipulación séptima no se ha inscrito por ser de carácter personal u obligacional. Frente a ello cabe alegar que lo dispuesto en la cláusula octava de vencimiento anticipado atribuye carácter real a esta cláusula, y a cada una de las obligaciones contenidas en la misma.

Las obligaciones que se contienen son, en síntesis, las siguientes: hallarse el prestatario al corriente de pago de impuestos y gravámenes que pesen sobre la finca; tener la finca asegurada contra el riesgo de incendios; justificar el cumplimiento de las anteriores obligaciones; depositar la póliza de seguros en poder del Banco, y, finalmente, no arrendar la finca por renta que no cubra las cuotas y pagos a que el prestatario está obligado de conformidad con el contrato.

La obligación de pagar los impuestos que gravan la finca, es una obligación legal de cuyo incumplimiento se seguirá un perjuicio por el Banco acreedor hipotecario, por cuanto que los medios coactivos de que disponen el Estado, las Comunidades Autónomas, la provincia y el municipio para hacer efectivos los créditos podría llegar a imponerse en caso de la ejecución especial de los mismos al derecho del Banco acreedor, y en cualquier caso, aunque tal efecto no se produjera, la ejecución podría sin duda perjudicar el derecho del Banco.

Por ello no existe imposibilidad legal alguna de que las partes refuercen el contenido de tal obligación, pudiendo el Banco declarar vencido anticipadamente el préstamo por consecuencia de la falta de cumplimiento de esta obligación legal. Pacto con eficacia real que puede imponerse frente al tercer poseedor de la finca no sólo ya por lo señalado en la cláusula 8.1, de carácter general, sino también porque el tercero puede conculcar el estado en que se halla fiscalmente hablando la finca sobre la que ostente cualquier tipo de derecho, potestad o facultad.

La obligación de tener asegurada la finca es una obligación personal válida, cuyo efecto real viene determinado por el contenido de la reiterada cláusula 8.1.

Su eficacia puede imponerse frente al tercero que no sólo puede conocer de la existencia del seguro, sino que bien puede oponerse al vencimiento anticipado, asumiendo a su costa el pago de la misma, exceptuando así el derecho del Banco a declarar vencido anticipadamente el préstamo. Sin perjuicio, claro es, de las acciones personales, o en su caso, reales que al tercero correspondan por el pago del seguro.

VII. ARRENDAMIENTOS POR RENTA SUPERIOR A LAS CUOTAS DEL PRÉSTAMO

La estipulación 7.4 impone la obligación de no arrendar la finca por renta que no cubra la totalidad de las cuotas y pagos a satisfacer por el prestatario.

Es una obligación que no supone en modo alguno una limitación irracional o abusiva del poder de disposición del titular de los bienes.

Su sentido y finalidad ha de encontrarse en la legítima defensa de los derechos del acreedor de protegerse de aquellos actos del prestatario que disminuyan el valor de la cosa hipotecada.

De indiscutible validez en cuanto se reconoce con carácter general en el propio Código Civil (cuyo artículo 1.129, 3.º, anticipa el plazo concebido *favor debitoris* cuando por actos propios del deudor hubieran disminuido las garantías), y en particular en la legislación hipotecaria,

artículo 117 de la Ley y artículo 219, 2.º, del Reglamento Hipotecario, al contemplar la denominada acción de devastación de hipoteca para defender al acreedor de la disminución del valor de la finca causada por actos del deudor.

El artículo 219, 2.º, del Reglamento Hipotecario presume *iuris tantum* la finalidad de disminuir el valor de la finca si el inmueble se arrienda por renta anual que capitalizada a vez y media el interés legal no llegue a cubrir la responsabilidad total asegurada. Atribuyendo en este caso al Juez la potestad de declarar vencido el crédito, decretar la administración judicial, ordenar la ampliación de la hipoteca o adoptar cualquier otra medida que estime conveniente.

La Resolución de 27 de enero de 1986, si bien confirma la denegación de la cláusula recurrida, en la que se imponía la prohibición genérica de arrendar sin el consentimiento de la entidad acreedora, abre el camino para la admisión de cláusulas como la presente que limiten el arrendamiento bajo determinadas circunstancias al declarar:

«que no parece irracional ni abusivo que en la escritura de constitución de hipoteca se contenga alguna prevención adecuada respecto de aquellos arrendamientos ulteriores que pudieran no estar sujetos al principio de purga, y que por la renta estipulada pudieran disminuir gravemente el valor de la finca hipotecada, como pueden ser los arrendamientos estipulados sin cláusula válida de estabilización, o aunque la contengan, si la renta anual capitalizada al tanto por ciento que resulte de sumar el interés legal del dinero un 50 por 100 más (cfr. art. 219, 1.ª, RH) no cubre la responsabilidad total asegurada».

De acuerdo con la citada doctrina, que debemos considerar la actual, la cláusula 7.4 de la escritura es perfectamente válida, y por su conexión con la cláusula 8.1, b), inscribible.

VIII. PAGOS POR EL PRESTATARIO

La cláusula quinta en el párrafo 2 señala la obligación del prestatario de realizar los pagos debidos en virtud del contrato netos para el Banco, sin retención ni deducción impositiva alguna. Se deniega su inscripción alegando un pretendido defecto de ser de «carácter personal».

El apartado 2 es inscribible por cuanto sirve a cuantificar la obligación de pago que recae sobre el prestatario, en estipulación válida, y de

eficacia real, pues está cubierta por el alcance de la cláusula 8.1 de vencimiento anticipado.

El orden de imputación de pagos previsto en el apartado 3 de la misma cláusula es esencial a la vida del préstamo. Sin su eficacia no puede conocerse cuál es el estado cuantitativo de la relación Banco/prestamista. Pertenece en tal grado al núcleo de la relación que sin ella el préstamo quedaría sin operatividad.

Su eficacia real viene determinada porque sólo en virtud de su contenido se podrá conocer que haya habido incumplimiento de la obligación de pago.

IX. VENCIMIENTO ANTICIPADO

De los supuestos que otorgan al Banco el derecho a declarar el vencimiento anticipado previstos en la cláusula 8, deniega el Registrador la inscripción de los apartados 8.1, *c)*, *d)*, *e)*, *f)* y *g)*, inscribiendo únicamente los apartados 8.1, *a)* y *b)*, en base a que «no tienen trascendencia real» y sólo «meramente obligacional».

1. Del apartado 8.1, *c)*, sólo puede dejar de inscribirse la referencia a la quiebra, suspensión de pagos o concurso a tenor de la doctrina que inspira, entre otras, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de enero de 1986, de considerar tales materias de orden público, indisponibles al pacto de los particulares. Todas las circunstancias que motivan el vencimiento anticipado deben tener acceso al Registro, y en concreto las señaladas (i), (ii), (iv) y (v) en la escritura. Su validez reside en el artículo 1.255 del Código Civil en relación con el artículo 1.129 del mismo cuerpo legal. Su inscriptibilidad en la eficacia real *erga omnes* con que ha sido configurada por las partes. Se trata de supuestos de vencimiento anticipado, es decir, de aquellos casos en los que el acreedor puede iniciar los trámites que sean necesarios para la ejecución de la hipoteca.

2. El apartado 8.1, *e)*, contiene una previsión que quizá no sea habitual, pero que responde a las circunstancias de la operación. Como se declara en la cláusula 1.1, el Banco hace entrega del capital prestado al prestatario antes de que la finca sea de su propiedad y de que la hipoteca sea inscrita. No se trata aquí, como en otros casos, de que la constitución de la hipoteca con el carácter de primera y preferente actúe como condición precedente a la disposición de los fondos o a la entrega del capital.

El capital ya ha sido entregado (cláusula 1.1); se busca en la cláusula

sula 8.1, e), proteger efectivamente el derecho del Banco. Si existiesen cargas anteriores o preferentes, en los casos comunes el Banco, sin más, no entregará el capital, en nuestro caso el Banco podrá declarar vencido el préstamo e iniciar los trámites de ejecución hipotecaria. Su validez deriva de responder a un interés legítimo y jurídicamente protegible. Su eficacia real de su imposición *erga omnes* querida y aceptada por las partes.

3. El deterioro del valor de la finca hipotecada previsto en la estipulación octava, 1, f), como causa de vencimiento anticipado, es circunstancia tenida en cuenta en el ordenamiento para legitimar al acreedor a adoptar diversas acciones. Así los artículos 117 de la Ley y 219 del Reglamento Hipotecario; el artículo 95 de los Estatutos del Banco Hipotecario aprobados por Real Decreto de 3 de noviembre de 1928; el artículo 29 del Real Decreto de 17 de marzo de 1982, y demás disposiciones concordantes. No existe, pues, razón alguna que obste a la validez de la cláusula; la eficacia real viene determinada, como en todos supuestos, por el propio sentido de la cláusula en sí.

X. MODIFICACIÓN DEL COSTE PARA EL BANCO

La cláusula 8.2, recogiendo las teorías de la base del negocio de Oertmann, introduce la actuación de lo que en el Derecho medieval fue llamada cláusula *rebus sic stantibus*, al establecer un sistema de modificación voluntaria del contrato, que respete el equilibrio financiero pactado en el inicio, y de no llegarse al pacto, el vencimiento anticipado del préstamo, en los casos en que por razón de un cambio de la legislación vigente o por alteración de importancia del mercado del dinero experimentara el Banco un grave perjuicio.

Se basa la denegación o bien en ser contraria al orden público económico o bien en el carácter obligacional (esto último en virtud de la cláusula 8.1 sólo puede significar que no puede afectar a terceros).

La cuestión debe ser examinada cuidadosamente. La cláusula está en recta correspondencia con la novena, de amortización anticipada, por lo que no hay posición abusiva de una de las partes que motivara una interpretación restrictiva. Si las condiciones varían, el prestatario puede amortizar sin gastos, y el prestamista encarecer el préstamo. En la práctica la fórmula más sencilla será acudir a un incremento del interés, pero no puede rechazarse que la modificación que mejor convenga a ambas partes sea de otra clase.

Quizá el principal obstáculo operativo que en Derecho pueda oponerse a esta cláusula sea el de la falta de previsión de un mecanismo

ajeno al arbitrio de las partes para determinar que se han producido alteraciones de importancia en el mercado del dinero. Para el supuesto de cambio normativo bastará para la eficacia la publicación de la norma que imponga mayores obligaciones. Para la alteración del mercado es con probabilidad necesaria una sentencia declarativa. Pero ello no es obstáculo a la inscripción de la cláusula.

La Circular del Banco de España 12/1981, de 24 de febrero, sobre operaciones a tipo de interés variable denominadas en pesetas, dispone en su norma cuarta:

«1. La entidad prestamista se comprometerá a mantener el crédito durante toda la vida del contrato, no pudiendo alegar la falta de disponibilidad de fondos en los mercados para su rescisión unilateral.

»2. No obstante lo anterior, en las operaciones ligadas al mercado interbancario, y en previsión de circunstancias excepcionales en que no hubiera disponibilidad de fondos a plazo equivalente al período de interés, se podrá pactar en el contrato original la aplicación transitoria de otros tipos de referencia y períodos de interés, en tanto persistan esas circunstancias».

De esta norma no se deduce la prohibición de la cláusula 8.2.

Tampoco es aplicable al presente caso la restricción contenida en la Circular 13/1981, de 24 de febrero, cuya norma primera, entre otras disposiciones, señala que se prohíbe «en general la exigencia por el prestamista de cualquier clase de contraprestación que eleve, directa o indirectamente, su retribución», pues es aplicable a las operaciones a que se refieren los números 2, 3, 4 y 5 del apartado 1 de la Orden ministerial de 17 de enero de 1981, supuestos entre los que no se encuentra el presente.

La cláusula no es, pues, contraria al «orden público económico» definido en esta materia por el Banco de España.

Tiene la cláusula transcendencia real por cuanto determina el vencimiento anticipado ejercitable *erga omnes*.

Por todo ello es válida e inscribible.

XI. SUBROGACIÓN DEL TERCER COMPRADOR DE LA FINCA EN LA HIPOTECA

En la cláusula 10.2 se prevé que en el caso de venta de la finca hipotecada el tercero quede subrogado en el préstamo objeto de la escrituración, por la decisión del Banco, quien podrá imponer al tercer

adquirente de la finca la subrogación en la hipoteca. No trata la cláusula de impedir la venta de la finca, limitando el poder de disposición, sino de atribuir al Banco la potestad de imponer la subrogación al tercer adquirente. La cláusula despliega su eficacia frente al tercero.

La cláusula es rechazada por tener términos imperativos para el adquirente. Precisamente la imperatividad es consecuencia natural de la eficacia real. Por lo que la denegación no puede basarse en tal motivo. Quizá pudiera alegarse el principio de la no restricción al tráfico inmobiliario.

Ahora bien, para conocer el alcance de la cláusula y su validez es necesario diferenciarla de cláusulas análogas, válidas e inscribibles.

Son comunes dos posibilidades para que una cláusula de esta índole fuera válida e inscribible.

En primer lugar configurar la cláusula como una prohibición de disponer y asegurar con hipoteca su cumplimiento. Posibilidad admitida por el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, en cuyo caso se inscribirá en un solo asiento el acto o contrato que las contenga y la hipoteca que se constituya, y se hará constar que se deniega la inscripción de la prohibición de disponer, conforme determina el artículo 59 del Reglamento Hipotecario en un supuesto de tracto abreviado de asientos.

Esta hipoteca en garantía de la obligación de no vender sino a quien el Banco acepte y que además consienta en la subrogación en el préstamo, no puede ser la misma que asegura el préstamo. Son dos obligaciones distintas que requieren diferentes hipotecas (art. 104 LH).

La otra posibilidad de conseguir un resultado similar al propuesto es eliminar de la cláusula la discrecionalidad del Banco e imponer al adquirente la subrogación automática en el préstamo. El argumento favorable a esta cláusula deriva de su reconocimiento legal a favor del Banco Hipotecario (art. 36 de la Ley de 2 de diciembre de 1872 y Real Decreto de 3 de noviembre de 1928). Por lo que nada impide que lo que para el Banco Hipotecario es estatutario, una forma de actuación señalada por su norma constitutiva, pueda ser establecido como cláusula pactada por otros particulares (art. 1.255 del Código Civil y los principios de igualdad ante la ley y economía de mercado de los artículos 14 y 38 de la Constitución).

Ambas posibilidades, si bien similares, no coinciden con la redacción ni con el sentido de la actual cláusula.

La doctrina al respecto de la Dirección General de los Registros y del Notariado puede resumirse en la Resolución de 27 de enero de 1986, que declara:

«Considerando que el defecto tercero plantea si es inscribible la cláusula por la que el Banco acreedor puede dar por vencido el crédito si la entidad hipotecante transmitiera alguna de las fincas hipotecadas, salvo si lo hace a título de venta y conviniendo en la escritura que el comprador asuma las obligaciones garantizadas con la hipoteca, y cumpliéndose, además, las condiciones que la disposición (antes reseñada) establece;

»Considerando que esta cuestión ha sido reiteradamente resuelta por la Dirección General en sentido de denegar su inscripción, para envolver tales pactos una innecesaria y abusiva limitación del dueño a disponer de sus bienes, contra el principio de libertad del tráfico inmobiliario».

El supuesto examinado por la Dirección General, común en este tipo de cláusulas, no coincide, sin embargo, con el descrito por la cláusula 10.2.

En aplicación de la cláusula podría suceder uno de los siguientes supuestos en el caso de venta de la finca:

- 1.º Que el Banco y el tercer adquirente estuvieren conformes en la subrogación, no existiendo problema alguno.
- 2.º Que el Banco no aceptara la subrogación, con lo que el tercer adquirente no ve en nada modificada la posición que legalmente le corresponde. El vendedor, deudor, puede, si quiere, amortizar anticipadamente la hipoteca.
- 3.º Que el Banco aceptara la subrogación y el tercer adquirente la rechazara. El deudor vendría obligado a amortizar anticipadamente.

La problemática queda reducida al supuesto tercero. La cuestión es ¿implica restricción innecesaria y abusiva contraria a la libertad del tráfico inmobiliario? Realmente, no. Tiene una sobrada justificación la preferencia del Banco por tener por deudores a quienes estime adecuados. No puede ser abusiva e innecesaria una cuestión que se reudce al destino del precio de compraventa, pues la carga se levanta sencillamente destinando parte del precio a amortizar la hipoteca.

No puede, en fin, ser restricción ilegítima la que tiene profunda analogía con el párrafo 1.º del artículo 118 de la Ley Hipotecaria.

En síntesis, han de ser afirmadas la validez de la cláusulas y su inscriptibilidad.

Por todo ello, y al amparo de lo dispuesto en la Ley y Reglamento Hipotecario y disposiciones concordantes, SUPLICA a V. E.:

- 1.º Que tenga por presentado este escrito, los documentos que lo acompañan y por formulado recurso contra la calificación del Registrador en la escritura referida.
- 2.º Que adopte las actuaciones en defensa del derecho de mi representada, contenidas en las leyes y que fueran procedentes y en especial en el artículo 114 del Reglamento Hipotecario.
- 3.º Que previos los trámites legales, dicte Resolución ordenando al Registrador del Registro de la Propiedad número 7 de Barcelona la inscripción de las siguientes estipulaciones de la escritura que fueron denegadas:

- Apartado 1.2 de la estipulación primera.
- Apartados 2.2, 2.3, 2.4 y 2.5 de la estipulación segunda.
- Apartado 3.3 de la estipulación tercera.
- Estipulación cuarta.
- Apartados 5.2, 5.3 y 5.4 de la estipulación quinta.
- Apartado 6.2 de la estipulación sexta.
- Estipulación séptima.
- Apartados c), d), e), f) y g) del apartado 8.1 y 8.2 de la estipulación octava.
- Ultimo inciso de la estipulación novena.
- Apartado 10.2 de la estipulación décima.
- Estipulación undécima en su totalidad (las partes que no hayan sido inscritas).

- 4.º Que las notificaciones a que dé lugar la tramitación de este recurso se hagan en la persona de ...

Se acompañan a este escrito poder del firmante y el documento presentado a inscripción.

Es de Justicia que pido en Madrid, a 14 de abril de 1987.

EXCMO. SR. PRESIDENTE DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL DE BARCELONA.

III. EL AUTO DEL PRESIDENTE DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL DE BARCELONA DE 3 DE JUNIO DE 1987

Auto.—En la ciudad de Barcelona, a 3 de junio de 1987.

Visto por mí, Jaime Amigó de Bonet, el expediente de recurso gubernativo número 2/1987, interpuesto por don ..., en nombre y representación de ..., contra la calificación del señor Registrador de la Propiedad número 7 de Barcelona, en el cual se acreditan los siguientes:

HECHOS

Primero.—Don ..., actuando en nombre y representación de ..., por medio de escrito fechado en 14 de abril de 1987, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 112, 1.º, del Reglamento Hipotecario, interpuso recurso contra la nota de calificación del señor Registrador de la Propiedad número 7 de Barcelona, fechado en 16 de diciembre de 1986, puesta en la escritura de préstamo hipotecario otorgada por ... a favor de don ... en 4 de noviembre de 1986, ante el Notario de ésta, don ..., con número de protocolo ...

Segundo.—Admitido a trámite dicho recurso, le correspondió el número 2/1987 de esta Audiencia Territorial, poniéndose seguidamente su interposición en conocimiento del señor Registrador de la Propiedad número 7 de Barcelona y del señor Notario que autorizó la escritura de préstamo, interesando de los mismos emitiesen el informe previsto en el artículo 115 del Reglamento Hipotecario, trámites estos que fueron evacuados.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

Primero.—La estipulación 14 de la escritura de préstamo hipotecario expresa que «si la calificación registral estimase que cualquiera de los pactos, cláusulas... o apartados de esta escritura no es inscribible, los otorgantes aceptan tal calificación y consienten que denegando la inscripción de las mismas, se inscriba este título y queda constituida la hipoteca» (folio 24), por lo cual el Registrador pudo perfectamente inscribir dicha escritura, a excepción de los párrafos y estipulaciones que tuvo por conveniente, consignando «todo ello con la conformidad

del presentante y de acuerdo con el artículo 434 del Reglamento Hipotecario» (folio 26).

Segundo.—Al haber prestado, pues, su consentimiento los interesados para que pudiera practicarse la inscripción sin hacer constar estipulaciones o pactos integrantes de la escritura, y, por otro lado, al no existir propiamente una calificación negativa, pues, en definitiva, se registró el título presentado, y la nota del Registrador no constituye calificación porque se limita a *observar* lo previsto en el artículo 434 del Reglamento Hipotecario, no cabía interponer recurso contra una inexistente denegación registral.

Tercero.—Lo expuesto es suficiente para desestimar el recurso y, como expresó el Tribunal Supremo en las Sentencias, entre otras, de 10 de enero de 1925, 21 de abril de 1934, 18 de febrero de 1936 y 5 de julio de 1946, no deben hacerse más declaraciones que las precisas para resolver las cuestiones jurídicas planteadas, pues debe simplificarse el *derecho*, no siendo preciso resolver sobre los demás temas controvertidos.

Cuarto.—A mayor abundamiento, y para evitar innecesarias tautologías, se da por reproducido el acertado y exahustivo informe del Registrador a los folios 45 a 132.

Quinto.—Que no se hace pronunciamiento sobre las costas de este recurso al no apreciarse bastantes méritos para ello, al amparo de los artículos 118 y 130 del Reglamento Hipotecario.

Vistos los artículos, sentencias citadas y demás de aplicación.

El Presidente de la Audiencia Territorial, Jaime Amigó de Bonet, dijo: Se desestima el recurso interpuesto por don ..., en nombre y representación de ..., y se mantiene la nota del señor Registrador de la Propiedad número 7 de Barcelona a que se refiere el recurso, sin hacer pronunciamiento sobre imposición de costas a ninguno de los interesados.

Notifíquese este auto a la parte recurrente y al señor Registrador de la Propiedad número 7 de Barcelona, haciéndose constar que contra esta resolución cabe recurso de apelación ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el plazo de los quince días siguientes al en que se hubiese notificado la misma.

ASI lo acuerda y firma el excelentísimo señor don Jaime Amigó de Bonet, Presidente de esta Audiencia Territorial, de que yo, el Secretario de Gobierno, certifico.

IV. EL INFORME DEL REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD

Según se acaba de indicar, el auto del Presidente de la Audiencia «da por reproducido» el informe del Registrador. Por ello se transcribe a continuación dicha informe, aceptado por el auto presidencial, y cuyo texto es el siguiente:

Don ..., Registrador de la Propiedad del Registro número 7 de Barcelona, en recurso gubernativo número 2/87, interpuesto por don ..., en su calidad de Presidente del Consejo de administración de «...», contra una nota registral al pie de la escritura de préstamo hipotecario otorgada por «...» y por don ... el 4 de noviembre de 1986, ante el Notario de Barcelona don ..., EMITE INFORME a que se refiere el artículo 115 del Reglamento Hipotecario, conforme a la comunicación de V.E. de fecha veintisiete de abril de mil novecientos ochenta y siete, en los siguientes términos:

I. IMPROCEDENCIA DEL RECURSO POR FALTA DE PRESUPUESTO BÁSICO

Para que prospere un recurso gubernativo se requiere, ante todo, que exista el presupuesto fundamental previo del mismo, que es una calificación del Registro de la Propiedad reflejada en una nota de suspensión o denegación del documento, con expresión de los motivos.

Cuando el Registrador no extiende la nota de calificación porque tanto los interesados de la escritura como el presentante solicitan la inscripción prestando su conformidad en que se excluyan de la inscripción una serie de pactos, no hay nota de calificación del documento, sino nota de inscripción con indicación de los pactos excluidos con la conformidad de los interesados y presentante.

Esto es lo que ocurre en el presente caso. En la estipulación decimo-cuarta de la escritura *los interesados* aceptan de antemano la calificación y consienten que, denegando la inscripción de las cláusulas, párrafos, menciones o apartados de la escritura que no sean inscribibles, se inscriba el título y quede constituida la hipoteca.

En cuanto al *presentante*, ha prestado la «conformidad» a que se refiere el artículo 434 del Reglamento Hipotecario en el sentido de solicitar que se inscriba el documento con exclusión de los pactos no inscribibles. Así se indica en la nota al pie del documento y en la nota al margen del asiento de presentación.

En estas condiciones el Registrador no ha podido extender nota de calificación de suspensión o denegación, porque ha faltado la «*rogación*». En muchos casos los interesados no quieren que se ponga nota de calificación, porque no desean que los defectos subsanables o insubsanables figuren de modo expreso en el documento. Por eso el Registrador no puede extender *de oficio* la nota de calificación.

Y si no ha habido nota de calificación falta el presupuesto básico fundamental de un recurso gubernativo y éste es improcedente.

Confirman esta posición del Registrador los siguientes preceptos:

1.º El artículo 66 de la Ley Hipotecaria, según el cual «*los interesados podrán reclamar gubernativamente contra la calificación del título hecha por el Registrador, en la cual se suspenda o deniegue el asiento solicitado*».

2.º El artículo 434 del Reglamento Hipotecario concuerda naturalmente con el citado artículo 66 de la Ley, pues en sus párrafos primero, segundo, tercero y cuarto dice lo siguiente:

«Los títulos que se presenten en el Registro se devolverán a los interesados con *la nota que proceda, según los casos*, una vez hecho de ellos el uso que corresponda o cuando caduque el asiento de presentación.»

«*Si se practicaren los asientos, la nota expresará tal circunstancia*, indicando la especie de inscripción o asiento que se haya hecho, el tomo y folio en que se halle, el número de la finca y el de inscripción o, en su caso, letra de la anotación practicada. Si el asiento se refiriese a varias fincas o derechos comprendidos en un solo título, se indicará, además, en todo caso, al margen de la descripción de cada finca o derecho, el tomo, folio, finca y número o letra del asiento de que se trate.»

«Siempre que el Registrador *suspenda o deniegue* el asiento solicitado devolverá el título *con nota suficiente que indique la causa o motivo de la suspensión o denegación* y, en su caso, el tomo, folio, finca y letra de la anotación de suspensión que se hubiere practicado, *salvo que hubiesen solicitado la devolución del documento sin otra nota que la prevenida en el artículo 427.*»

«Cuando la suspensión o denegación afecte solamente a algún pacto o estipulación o a alguna de las fincas o derechos comprendidos en el título, en la nota deberá expresarse la causa o motivo de la suspensión o denegación, *salvo que el presentante o el interesado hayan manifestado su conformidad en que se despache el documento sin esa estipulación o pacto*, o hubieren desistido de que se practique operación alguna respecto de la finca o derecho a los que el defecto se refiere, *en cuyo caso*

la nota indicará únicamente la circunstancia de la conformidad o del desistimiento, pero no los motivos de la suspensión o denegación.»

Dicho precepto en los últimos párrafos denomina «nota de despacho» a aquella por la que se indica la práctica de la inscripción. Pues bien, en el presente caso, existe una «nota de despacho», pero no una «nota de calificación».

3.º El artículo 429 del Reglamento Hipotecario, en su párrafo segundo, dice:

«En todo caso, transcurrido el plazo de treinta días que señala el artículo 97, el Registrador extenderá la nota de calificación correspondiente o despachará el documento de acuerdo con su calificación, salvo que el presentante o el interesado le comunique, verbalmente o por escrito, que opta por retirar el documento, subsanar el defecto o pedir anotación preventiva por defecto subsanable, en su caso; solicitar la extensión de la nota de suspensión o denegación con expresión de los motivos, o expresar su conformidad a la extensión del asiento, con eliminación de los pactos o estipulaciones rechazadas o con el alcance y contenido que exprese la calificación. Por nota al margen del asiento de presentación se hará constar la operación realizada.»

También en ese precepto se distingue claramente la nota de suspensión o denegación de la nota de despacho «con delimitación de pactos o estipulaciones».

4.º El artículo 117 del Reglamento Hipotecario dice: «Sólo podrán ser discutidas en el recurso gubernativo las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la *calificación* del Registrador, rechazándose de plano las peticiones basadas en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.» Si no hay nota de calificación no puede haber cuestiones relacionadas con ella, y mucho menos de «modo directo e inmediato».

5.º Dos resoluciones idénticas de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 24 de agosto de 1984 confirman esta posición, pues establecen lo siguiente:

«Considerando que el carácter rogado que tiene la actuación registral se manifiesta no sólo en la voluntariedad de la práctica de los asientos, salvo aquellos supuestos en que se permite la actuación de oficio, sino en que no se podrá extender la función calificadora, tal como declaró la Resolución de 19 de diciembre de 1966, más allá o a otros ex-

tremos no solicitados por las partes o interesados en el título que motivó el asiento de presentación.»

«Considerando que este carácter rogado del procedimiento registral aparece reconocido especialmente en los artículos 433 y 434 del Reglamento Hipotecario, que autorizan al presentante o interesado en el documento o la devolución del título sin práctica de asiento alguno o la exclusión de alguna o algunas de las cláusulas que el mismo contenga o *manifestar su conformidad a que se despache el documento sin esa estipulación o pacto, y sin que en este caso haga constar el Registrador los motivos de suspensión o denegación.»*

«Considerando que como el recurso gubernativo —artículo 66 de la Ley Hipotecaria— *sólo puede interponerse contra la calificación* del título hecha por el Registrador, en la cual *se suspenda o deniegue* el asiento solicitado y habrá de rechazarse toda petición —artículo 117 del Reglamento— basada en otros motivos, es claro que *el procedimiento empleado no es el adecuado*, al fallar el sustento que legitima la puesta en marcha del procedimiento registral, o sea la calificación registral, si bien dado que el artículo 108 del Reglamento permite una nueva presentación del título que será objeto de la ulterior calificación, caso de que ésta fuera negativa para la práctica del asiento, cabe que entonces pueda, de acuerdo con los artículos 112 y siguientes del mencionado Reglamento, ser interpuesto el correspondiente recurso.»

Todos estos preceptos y resoluciones son aplicables al presente caso, puesto que: .

a) Consta extendida en el documento la nota de «despacho», señalando escuetamente las cláusulas exceptuadas de inscripción, sin expresión de los motivos, ni si se trata de defecto subsanable o insubsanable, y al final de ella consta que es con «la conformidad del presentante de conformidad con el artículo 434 del Reglamento Hipotecario». Además, ello concuerda con la estipulación decimocuarta en que los interesados mismos consienten la inscripción en esos términos.

b) A pesar de ello, se ha interpuesto recurso gubernativo contra una nota de despacho que no es la de calificación, faltando el presupuesto fundamental del recurso. Se trata de un recurso en el que no sólo falta el presupuesto básico, sino que, además, por ello, puede decirse que no ha sido interpuesto dentro del plazo que señala el artículo 113 del Reglamento Hipotecario. Este precepto dice que «el recurso gubernativo se promoverá dentro del plazo de cuatro meses *a contar de la fecha de la nota contra la cual se recurre*». No corre el plazo porque el cómputo

se produce a partir de la nota contra la cual se recurra, nota que ha de ser, conforme al artículo 66 de la Ley Hipotecaria, la nota de calificación con expresión de los motivos y no la nota de despacho con exclusión de pactos con la conformidad de interesados (estipulación decimocuarta) y del presentante (art. 434 RH).

Por todo ello, este Registrador estima que procede la desestimación del recurso. Incluso cree que hubiera bastado alegar la aplicación del artículo 119 del Reglamento Hipotecario para que no se entre en el fondo.

Pero en el supuesto de que el órgano de resolución del recurso considere adecuado entrar en el fondo por razones de economía procesal o a efectos de doctrina, este Registrador emite informe sobre todo el fondo del asunto, en los términos que seguidamente se expresarán en sucesivos epígrafes.

Es más, este Registrador considera que, por la importancia de las cuestiones planteadas, procedería entrar en el fondo por razones doctrinales, al objeto de que quede clara la doctrina sobre toda una serie de estipulaciones abusivas en materia de hipotecas, que no son inscribibles y que afectan a millones de prestatarios.

Es decir, por un lado, este Registrador se ve implicado en el presente recurso sin haber podido extender la nota de calificación. Y como es un presupuesto fundamental considera que debe ser desestimado el recurso. Pero, por otro lado, una vez implicado en el recurso, considera que los pactos excluidos hieren la sensibilidad jurídica y debe dictarse doctrina sobre el fondo, excluyéndolos de la inscripción.

II. LA CLÁUSULA DE INTERÉS VARIABLE PACTADA EN LA ESCRITURA NO ES INSCRIBIBLE POR INFRINGIR TODA UNA SERIE DE DISPOSICIONES

Aunque el Registrador informante no ha tenido oportunidad de extender una nota de calificación por existir conformidad de los interesados (cláusula decimocuarta de la escritura) y del presentante (art. 434 RH) en que se practicara la inscripción sin incluir esa cláusula y sin solicitar nota de calificación, según se ha dicho en el apartado anterior, sin embargo, existen numerosísimas razones para la denegación de la inscripción, según se indican a continuación.

1.º *La escritura infringe la Circular número 12/1981, de 24 de febrero, del Banco de España.*

Es curioso que en el escrito de recurso se aluda a esta Circular del

Banco de España, sin tener en cuenta que es lo primero que infringe la cláusula de la escritura.

Dice la cláusula segunda de la escritura, en el apartado 2.3, que «el tipo de interés aplicable a cada período sucesivo anual será el tipo de interés preferencial para créditos hipotecarios comunicado... vigente el día inicial del mes anterior al comienzo de cada período anual, incrementado en un margen del 0,75 por 100...» (la parte de la cláusula no transcrita será objeto de los demás apartados).

Pues bien, la Circular número 12/1981, de 24 de febrero, del Banco de España, en su norma tercera, último párrafo del apartado *a)*, exige que «el tipo preferencial de la entidad» sea «para operaciones de crédito o préstamo *de plazo similar al período de interés*».

Existe infracción de la Circular por dos razones:

a) Porque en la escritura no se expresa a qué plazo se refieren los preferenciales que se señalan como tipo de referencia. Hay una gran imprecisión en la escritura. La Circular, sobre la base de que pueden existir varios preferenciales, señala como requisito del contrato que el «plazo sea similar al período de interés». Si el período de interés pactado en la escritura es de un año, como cada año se pretende una modificación del tipo de interés, es necesario expresar en la escritura, para evitar confusiones y porque lo exige la Circular, que el tipo preferencial a tener en cuenta es el de «créditos a un año». Hay, pues, una imprecisión importante, pues no todos los preferenciales, ni todos los créditos hipotecarios, tienen el mismo tipo. Esta imprecisión por sí sola es ya causa suficiente para no inscribir esta cláusula, pues un extremo tan esencial como es la exactitud en la fijación del tipo de referencia queda *totalmente en nebulosa*, a efectos, por ejemplo, del procedimiento judicial sumario (el art. 131 LH alude a la «exactitud», que aquí es ya imposible), y a efectos del cálculo que puedan hacer los prestatarios, que se encontrarán con grandes dudas sobre esta cuestión. Y es que, efectivamente, no es lo mismo un tipo de interés para un crédito hipotecario a dos, tres, diez o veinte años, y tampoco es lo mismo un crédito para vivienda que para comercio o industria.

b) Porque en la escritura se alude al «interés preferencial de créditos hipotecarios». Hay aquí una mínima aclaración que lo que revela es otra infracción de lo dispuesto en la Circular. No hay apenas casos en la realidad social en que los créditos hipotecarios sean tan a corto plazo. Esto significa que se pretende aplicar a cada período anual de interés variaciones con arreglo a preferenciales previstos a «largo plazo», como son los créditos hipotecarios, sin tampoco precisar a qué plazo se refiere, pero que, lógicamente, hay que suponer que se tratará de un

plazo superior al de un año, que no coincide con el período de interés variable pactado en la escritura. No se adapta la cláusula a la Circular del Banco de España.

2.º *La cláusula de la escritura no toma como tipo de referencia, a efectos de la variación, un tipo de interés oficial, como podría ser el tipo que fije el Banco de España o disposiciones oficiales para un determinado tipo de préstamos, sino que acude al preferencial de una sola entidad denominada «...», sucursal en España.* Si se hubieran utilizado tales módulos oficiales no habría habido problema para la inscripción de la cláusula de interés variable, porque no hay «una cláusula de interés variable», sino «cláusulas de interés variable», unas que son inscribibles —las objetivas, que cumplen las disposiciones— y otras que no lo son —como la de la presente escritura.

3.º *No hay garantía de objetividad en la fijación del tipo de referencia.* La «objetividad» es básica en Derecho. Nadie puede ser juez y parte. Se trata de un principio general de Derecho que se manifiesta en numerosos preceptos, uno de ellos el artículo 1.256 del Código Civil, que dice que «la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes contratantes». Por eso el tipo de referencia que se pacte a efectos de las variaciones anuales ha de señalarse con toda objetividad por un mecanismo por completo ajeno a la parte acreedora. Se trata de un principio del que parece partir el propio recurrente y en el que, por tanto, no hay discusión.

Pues bien, en el presente caso en que el acreedor hipotecario es «...», se dice en la cláusula segunda de la escritura (núm. 2.3, ya citado) que el tipo de referencia es «el tipo de interés preferencial para créditos hipotecarios comunicado por '...' al Banco de España». Nada más se dice en la escritura de esta denominación, no habiendo datos esenciales sobre identificación, inscripción, domicilio, etc.; ni siquiera una denominación entre «comillas».

El recurrente, en su escrito de recurso, se preocupa de destacar que se trata de dos «entidades jurídicas perfecta y claramente diferenciadas, y así se expresa en la escritura».

Ante todo, este Registrador hace constar que, como no ha tenido posibilidad de extender la nota de calificación, no ha podido expresar en ella los motivos para la no inscripción de la cláusula. Pero no cabe duda que entre esos motivos hay que incluir, aunque no como única razón, esta falta de objetividad del tipo de referencia o al menos falta de determinación de la entidad que lo ha de fijar. Este Registrador tiene dudas, resultantes de los términos de la propia escritura objeto de re-

curso, respecto a la relación o identidad entre ambas entidades. En una cuestión como el interés variable, que es una figura de nueva creación y que afecta vitalmente a los intereses de los prestatarios y a su patrimonio, por tener relación con los sucesivos cambios anuales de tipo de interés, es necesario aclarar, pero no en el escrito de recurso sólo, sino en la propia escritura, que se trata de dos «entidades jurídicas perfecta y claramente diferenciadas». Y no puede decirse, como dice el recurrente, que «así se expresa en la escritura». En la escritura se expresa sólo la identificación, domicilio y datos de inscripción de la entidad prestamista «...». En cambio, ninguna identificación, circunstancia, domicilio, datos de inscripción en el Registro Mercantil, etc., se señalan respecto a «...», que encima es una sucursal y no una persona jurídica, sin que se expresen los datos de la persona jurídica. Por el contrario, se trata de una entidad que sólo aparece nombrada una vez, como de pasada, y sin entrecomillar. En un asunto de vital importancia como el interés variable, cabría hacerse estas preguntas: ¿Es la misma entidad que «...», de la que sólo la separan unas pocas letras? ¿Tiene personalidad jurídica? ¿Cuál es su domicilio y su inscripción en el Registro Mercantil? ¿Cuál es el domicilio, ámbito, nacionalidad y personalidad jurídica de la persona matriz? A través de los datos de inscripción en el Registro Mercantil el prestatario tendría la oportunidad de comprobar si los órganos gestores son o no los mismos que la otra entidad.

Pero es que, además, el recurrente en su escrito de recurso prefiere ampararse en la imprecisión de la escritura, pues ni por un momento quiere explicar algo sobre la relación o no entre ambas entidades, sino que, al contrario, se cierra sobre los datos —más bien falta de datos— de la escritura.

Hay que observar también que en numerosas escrituras de préstamo que aparecen en la práctica la entidad acreedora se denomina a lo largo del contrato de diferentes maneras: una, la completa denominación, y otra, la vulgar o nombre con que se la conoce en la práctica. Así, por ejemplo, se lee a veces de modo indistinto «Caja de Pensiones para la Vejez y de Ahorros de Cataluña y Baleares» o «La Caixa»; «Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Barcelona» o «Caja de Barcelona»; «Banco Español de Crédito» o «Banesto»; «Banco de Santander» o «Bansander», etc. ¿Estamos también aquí ante meras variantes terminológicas? ¿Es la entidad acreedora una sucursal en sentido económico de la casa matriz? Es la escritura pública la que debe precisar las identificaciones, pues en otro caso es incompleta la forma de expresar la persona jurídica, que ha de ser con los datos completos de identidad, conforme al artículo 51, regla 9.^a, del Reglamento Hipotecario, y en el presente

caso el precepto no se cumple respecto a la denominación y circunstancias de «...».

Por otra parte, aun suponiendo que desde un punto de vista de las formalidades se tratara de dos entidades y no de una sola, ello no quiere decir que, a efectos de la fijación del tipo de interés variable carezca de relación entre sí. Sabido es que existen en la realidad numerosos casos de sociedades «instrumentales», que sirven a los fines exclusivos de otra entidad. Como se trata de una materia carente de regulación, como es el interés variable, hay que extremar las precauciones a la hora de configurar los requisitos del tipo de referencia, para evitar el fraude consistente en que lo que no está permitido y el propio recurrente reconoce —fijación del preferencial por la propia entidad— se consiga por la vía retorcida de acudir al preferencial de una entidad instrumental de la primera. En el presente caso hay base objetiva para apreciar dudas sobre la relación o dependencia entre dos entidades que responden en su denominación al «...» y que por «casualidad» se encuentran juntas en una misma escritura, tomando una los tipos preferenciales de la otra para obtener una variación anual del préstamo hipotecario concertado con un prestatario.

4.º No es procedente remitirse *al tipo preferencial de una sola entidad*. Resulta bastante insólito en la práctica actual que se utilice como tipo de referencia el de una sola entidad y no la media de una serie de entidades. Actualmente, por el contrario, la mayor parte de las entidades crediticias (basta comprobar cualquier modelo de escritura de préstamo hipotecario de «Caja de Pensiones», «Caja de Barcelona», «Banca Catalana», «Banco de Bilbao», etc.) utilizan como tipo de referencia la media aritmética de los preferenciales de una serie de entidades crediticias distintas de la propia entidad acreedora.

Precisamente se trata de un problema ya debatido en la práctica. Tras unos primeros años de desorientación en esta materia, en que partían de los preferenciales de la propia entidad, las entidades crediticias más relevantes y conocidas en Cataluña cambiaron hace ya tiempo sus modelos de contratos, estableciendo ese otro sistema de tipo de referencia que nada tiene que ver con la fijación del preferencial de la propia entidad, ni siquiera con el de una sola entidad, aunque sea distinta. Por el contrario, se fijan los preferenciales del modo que se acaba de señalar, es decir, remitiéndose a la media aritmética de los preferenciales de seis o más entidades crediticias totalmente diferentes de la entidad acreedora. Con ello lo que se busca es la objetividad de los preferenciales, señalándolos por referencia a la media del mercado crediticio de enti-

dades que ofrecen alguna significación y diferencia con la entidad acreedora (por ejemplo, una media de varios bancos y cajas de ahorro).

La fijación de este sistema más objetivo es consecuencia de una serie de estudios y calificaciones registrales de antiguas escrituras. Ante esta situación que se da en la práctica y que aparece ya bastante consolidada se pretende ahora en la presente escritura aplicar un sistema de referencia en la variación, que no sólo no es objetivo, sino que no representa ningún valor en el mercado crediticio, que es el fundamento de la aparición de los preferenciales. La pregunta es obligada: ¿Por qué se alude en la escritura al preferencial de «...»? ¿Por qué no se acude a una pluralidad de entidades, que reflejaría de modo objetivo el preferencial del mercado crediticio?

Sobre esta cuestión, este Registrador ya escribió hace tiempo unas notas en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, en el número 560, enero-febrero de 1984, páginas 9 y siguientes, mostrándose partidario del sistema de media aritmética de preferenciales objetivos, que actualmente es el que predomina en la práctica, según hemos visto.

MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, en relación con la cláusula de estabilización de rentas o pagos mensuales en el «leasing inmobiliario», del que él se ha ocupado en profundidad en una ponencia presentada al VI Congreso Internacional de Derecho Registral, es partidario de aplicar esos mismos criterios para la admisión registral de las cláusulas de interés variable, que él resume así: «tipo de referencia objetivo, equidad contractual que impida su carácter abusivo, redacción clara, etc.». (En el libro *Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Registral*, tomo I, pág. 833, publicado por el Centro de Estudios Hipotecarios en el año 1985.)

Por el contrario, en la cláusula de la presente escritura se utiliza exclusivamente el preferencial de una sola entidad, que encima es una sucursal de otra. ¿Cómo puede ser un tipo de referencia objetivo el que no responde a ningún módulo oficial ni tampoco a la media del mercado crediticio de varias entidades?

5.º *La cláusula de interés variable de la presente escritura no cumple el principio hipotecario de determinación o especialidad, por mezclar dos conceptos totalmente diferentes como son los intereses variables y los intereses de demora.*

El principio de determinación o especialidad es uno de los principios fundamentales del sistema hipotecario que en materia de hipotecas tiene una serie de manifestaciones ya reconocidas por la ley, por la jurisprudencia y por la doctrina (distribución de la responsabilidad hipotecaria entre varias fincas, separación de responsabilidad hipotecaria entre va-

rias fincas, separación de responsabilidades por los conceptos de capital, intereses y costas; imposibilidad de englobar cantidades de capital con intereses, o de intereses con costas, o de intereses de demora con costas, etcétera).

La no separación de cantidades que son diferentes en concepto y en sus efectos atenta contra el principio de especialidad, pues ello induce a gran confusión a los terceros, permitiendo además al acreedor un campo de maniobra inadmisibile.

Pues bien, en la escritura del presente recurso se produce mezcla, confusión o englobamiento de los intereses ordinarios con los de demora. Esta es precisamente la causa de no inscripción de los intereses de demora, según se desarrollará más adelante. Y es también una causa fundamental —una entre varias— para la no inscripción de los intereses variables. Efectivamente, en el pacto de «constitución de hipoteca» de esta escritura (cláusula undécima, número 11.2.ii) se engloba la responsabilidad hipotecaria de «los intereses (*incluidos los de demora*) correspondientes a tres anualidades», señalando un máximo *por ambos conceptos* de dos millones de pesetas. Por eso, en la nota registral al pie del documento sólo se ha inscrito la referencia a intereses ordinarios de tres anualidades, sin comprender en la inscripción ni los intereses de demora, ni los intereses variables, ni esa cantidad máxima que engloba conceptos totalmente diferentes. El tipo objeto de inscripción, según se dice en la nota al pie del documento, es el inicial del 14 por 100. Y ello con la conformidad de los interesados (cláusula decimocuarta de la escritura) y con la conformidad del presentante (art. 434 RH).

Sin perjuicio de desarrollar más adelante este argumento, al hablar de los intereses de demora, aparece aquí una nueva razón por la no inscripción de la variación del interés. La cifra de máximo es esencial para la cláusula de interés variable, según han reconocido las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 y 31 de octubre de 1984, pues la conciben como «hipoteca de seguridad» con señalamiento de máximo. Pero en el presente caso no se expresa el máximo por el concepto de variación de interés, sino que se engloba con los intereses de demora, concepto totalmente diferente que nada tiene que ver en su fundamento y efectos con la cláusula de interés variable. Ello atenta contra el expresado principio de determinación o especialidad.

Igual que el concepto de «costas» exige expresar una cantidad específica máxima por tal concepto, que no se puede englobar ni con los intereses variables ni con los intereses de demora, tampoco se pueden en-

global las cantidades máximas de intereses variables y de intereses de demora.

En el presente caso se ha señalado un máximo global por ambos conceptos, lo que es inadmisibles por falta de claridad y de determinación. Además, ello permitirá la maniobra de exigir a conveniencia intereses variables o de demora, según le sea más ventajoso a la entidad acreedora, prescindiendo de lo que pueda interesar al prestatario y a los terceros. Y, en todo caso, puede dar lugar a gran confusión en el tráfico, a efectos de información a los terceros sobre las cantidades de que responde la finca.

Luego veremos la diferencia entre intereses ordinarios e intereses de demora y la naturaleza de éstos, como fundamento de este nuevo defecto de la escritura.

6.º La cláusula de interés variable de la escritura infringe el criterio de objetividad resultante del artículo 219 del Reglamento Hipotecario.

Este artículo 219, número 3.º, regula los requisitos de las cláusulas de estabilización del capital en las escrituras de préstamos hipotecarios. Ante la falta de una regulación legal de las cláusulas de interés variable, y para suplir la laguna, no cabe duda de que ha de aplicarse por analogía el sistema objetivo resultante de dicho precepto. No se trata de mantener la identidad entre cláusula de estabilización del capital y cláusula de interés variable, sino de aplicar el mismo principio inspirador en esta materia de variación de cantidades objeto de la hipoteca.

Pues bien, existen, a la vista del número 3.º del artículo 219 del Reglamento Hipotecario, dos infracciones al mismo en la presente escritura de hipoteca, que son las siguientes:

a) El artículo 219, 3.º, señala unos módulos objetivos para que pueda admitirse, a efectos hipotecarios, el pacto de estabilización del capital. No se trata de aplicar esos mismos módulos, sino de aplicar el criterio o requisito de «objetividad» también a los intereses variables, de tal modo que el tipo de referencia se calcule sobre bases objetivas, tal como se ha indicado con anterioridad, pero que ahora se expone fundamentado en el artículo 219, 3.º, del Reglamento Hipotecario.

b) El artículo 219, 3.º, exige en la circunstancia segunda que «en la inscripción conste la cifra del tipo o módulo vigente en la fecha del otorgamiento de la escritura». Trasladando este requisito al supuesto de interés variable, es necesario que en la escritura de hipoteca se exprese el tipo de referencia vigente en la fecha del otorgamiento. En la práctica, así se suele expresar, según resulta de los modelos de escrituras de otras entidades crediticias, pues es un dato informativo importante para las

partes y para terceros. Así, por ejemplo, se suele expresar que el tipo de referencia constituido por la media de preferenciales que señala es en el momento de la escritura un 14 por 100, por ejemplo. Y que en lo sucesivo el interés variará añadiendo «un diferencial» (de un punto o medio punto) a esa media que constituye el tipo de referencia.

Ese sistema no es el que sigue la presente escritura, que se limita a remitirse a los preferenciales de un solo Banco, aludiendo al incremento de 0,75 como diferencial. Al no expresarse en la escritura el tipo de referencia actual, no se sabe si ese diferencial de 0,75 puntos responde o no a capricho o arbitrio o a la realidad objetiva. Se trata, por tanto, de una infracción al artículo 219, 3.º, 2.ª, que tiene plena justificación también en las cláusulas de interés variable.

Más adelante se desarrollará la explicación de este artículo 219 del Reglamento Hipotecario, que es fundamental a efectos de la cláusula de interés variable.

7.º El sistema de comunicación al prestatario que se estipula en la escritura no ofrece la más mínima garantía.

En el número 2.4 de la cláusula segunda de la escritura objeto de recurso se regula un sistema de comunicación del nuevo tipo de interés al prestatario que es totalmente insuficiente e inadecuado, a efectos de la garantía de éste.

Si se tratara de «módulos oficiales» no habría mayor problema, pues la oficialidad del tipo y su anuncio a través de disposiciones oficiales permitiría un conocimiento directo por parte de prestatarios y terceros. Pero cuando se trata de preferenciales, y más todavía cuando el preferencial es el de «...», hay una enorme desigualdad en cuanto a la posibilidad de información entre entidad prestamista y prestatario, a efectos de previsiones, cálculos y plazos para rescindir el contrato. La Orden del entonces Ministerio de Economía de 17 de enero de 1981, en su artículo 3.º, que regula el interés variable, exige no sólo que se pacte un tipo de referencia, sino también que se pacte la llamada «cláusula de rescisión», es decir, la posibilidad de desistimiento por parte del prestatario, si no le conviniera el nuevo tipo de interés resultante de la variación de cada período. Pero para hacer efectiva la cláusula de rescisión el prestamista debe comunicarlo al prestatario con antelación suficiente para que éste, a su vez, decida si continúa con el préstamo al nuevo tipo o si desiste del contrato devolviendo las cantidades pendientes.

Por eso, el sistema de comunicación que se pacte en una figura nueva como la cláusula de interés variable es también fundamental para la completa configuración de la misma. Por eso, en la práctica, las entidades

crediticias más conocidas, después de sucesivos tanteos, han llegado a sistemas de regulación de la comunicación minuciosos y aceptables para ambas partes contratantes.

En cambio, en el presente caso, se observa que es insuficiente el pacto de notificación. Es una cuestión que apenas se regula en la escritura, y tratándose de una cuestión que afecta directamente a los intereses individuales de la parte prestataria, ya que puede aceptar el nuevo tipo o desistir del contrato, la notificación ha de ser directa, individual y concreta y, sobre todo, ha de tener una mínima regulación en el documento, pues en otro caso el prestatario podría alegar indefensión ante cualquier comunicación no fehaciente. Por eso han de considerarse requisitos necesarios que en la escritura se pacte y articule ordenadamente un sistema de notificación al prestatario que ofrezca las mínimas garantías de recepción, e incluso que se señale un domicilio para recibir notificaciones, a efectos de notificación de la variación del interés.

8.º *La cláusula de interés variable de la presente escritura no se adapta al artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores de 19 de julio de 1984 ni al artículo 51 de la Constitución.*

Las cláusulas de interés variable de las entidades crediticias responden al sistema de «condiciones generales de los contratos» que se imponen al «consumidor», pues son cláusulas uniformes para todos los préstamos, respecto a las cuales el consumidor sólo puede adherirse o, en otro caso, no recibir el préstamo.

Precisamente se han planteado a la vez dos recursos por la misma entidad en relación con dos escrituras de fecha diferente, pero que tienen la misma cláusula de interés variable. Son escrituras en las que se trata del mismo acreedor, la entidad «...», pero que están autorizadas ante Notarios distintos y respecto a prestatarios diferentes. Y, sin embargo, tienen las mismas cláusulas. Son los recursos 2 y 4 del año 1987, es decir, el presente recurso y otro.

Ante tal situación de «uniformidad de condiciones generales impuestas» por una parte a la otra, es directamente aplicable el artículo 51 de la Constitución, que en su apartado 1 establece: «Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.» Y en su apartado 2 establece que «los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca».

La Ley de Defensa de los Consumidores de 19 de julio de 1984 desarrolla este artículo 51 de la Constitución, en términos que no dejan lugar a dudas respecto a la necesidad de evitar abusos en las cláusulas de interés variable.

Pues bien, la cláusula de la presente escritura, a diferencia de las cláusulas de interés variable de otras escrituras, atenta prácticamente contra casi todos los apartados del artículo 10 de la citada Ley de Defensa de los Consumidores.

Se trata de una cuestión que será desarrollada más adelante, después de exponer la normativa vigente, pero que en este grupo de razones sobre la no inscripción de la cláusula de la presente escritura es necesario resaltar desde ahora.

9.º *La inscripción de una cláusula de interés variable que no reúne los requisitos de inscripción puede producir un daño irreparable si tal cláusula va a la ejecución por vía del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.*

La necesidad de calificar adecuadamente la cláusula de interés variable antes de practicar la inscripción y la necesidad de extremar los mínimos requisitos exigibles se pone todavía más de manifiesto, y es por ello un argumento más para rechazarla en el presente caso, si se tiene en cuenta que si se inscribiera sin cumplir los requisitos el acreedor podría ir directamente a la ejecución de los intereses variables, incluso por el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, sin que en ese momento cupiera ninguna alegación por parte del prestatario, pues en ese procedimiento no hay trámites hábiles para tales alegaciones (salvo los casos del art. 132). La cuestión es especialmente grave, pues el Juez de Primera Instancia de dicho procedimiento no tiene ya medios hábiles para impedir la ejecución, aunque existieran infracciones en la cláusula, pues sabido es que el procedimiento judicial sumario se basa exclusivamente en el contenido del Registro. Por eso es tan importante extremar el cuidado en esta materia de las cláusulas variables, más si sabe que en otras materias en que aparecen perfectamente determinadas en el procedimiento judicial sumario.

Después insistiremos en este aspecto, que no puede pasar inadvertido después de la nueva regulación del artículo 131 de la Ley Hipotecaria dada por la Ley de 14 de mayo de 1986.

REFERENCIA GENERAL A LA CLÁUSULA DE INTERÉS VARIABLE EN EL DERECHO POSITIVO VIGENTE

La cláusula de interés variable con referencia a tipos preferenciales tiene su origen en el ámbito del Derecho internacional y concretamente

en el Derecho norteamericano. Una aplicación muy conocida de la misma se ha producido respecto a los préstamos por una gran empresa bancaria con Estados sudamericanos.

Pero si en el ámbito internacional de las relaciones entre Estados o entre grandes empresas bancarias y Estados la regulación de la figura obedece a otros planteamientos propios de una mayor relación de equilibrio entre las partes o de consideraciones políticas y económicas, en el ámbito del Derecho positivo interno de un país continental como España, los requisitos de la nueva figura han de obedecer a otros criterios relacionados con el sistema propio de instituciones y con el orden público económico de nuestro ordenamiento.

Por otra parte, si en el Derecho norteamericano y anglosajón los principios que rigen esos sistemas pueden permitir la aplicación de una normativa diferente sobre preferenciales, en cambio, en el ordenamiento jurídico español hay que tener en cuenta otras perspectivas que limitan una desmesurada aplicación de la cláusula de preferenciales.

Por eso, lo que en el ámbito internacional o de ciertos sistemas extranjeros podría admitirse, ha de merecer distinto tratamiento y tener distintos límites en el ordenamiento jurídico español.

Por eso, el estudio y el análisis de la cláusula de interés variable ha de hacerse en relación con el ordenamiento positivo vigente y no desde perspectivas economicistas o tomadas del ámbito internacional o de Derechos extranjeros.

En consecuencia, admisión de la «cláusula de interés variable» en la nueva realidad jurídica y social de los préstamos de entidades crediticias, sí; pero calificación de los requisitos y límites con que ha de ser admitida esta nueva figura para que no suponga contradicción con el fundamento del contrato ni con el orden público inmobiliario.

Por eso, aunque no hay demasiados preceptos en el Derecho positivo vigente sobre la cláusula de interés variable, existen principios fundamentales que no pueden ser vulnerados por la entidad crediticia que representa la parte fuerte del contrato con tales condiciones generales.

Partiendo de esta idea general, se señalan a continuación los preceptos y resoluciones que se han ocupado de la cláusula de interés variable, con la finalidad de confirmar, partiendo de la normativa vigente, la exclusión del Registro de aquellas cláusulas de interés variable que no cumplen los mínimos requisitos de legalidad, sin perjuicio de admitir la inscripción de aquellas otras cláusulas de interés variable que cumplan los requisitos de objetividad y claridad.

He aquí la lista de preceptos y resoluciones tenidos en cuenta en la calificación de la presente escritura:

1.º *El citado artículo 219, 3.º, del Reglamento Hipotecario*, que, aunque referido a «cláusulas de estabilización del capital», según se ha expresado, revela claramente cuál es el criterio del legislador sobre la necesidad de «módulos oficiales y objetivos» en institución tan delicada como es el préstamo hipotecario.

2.º *La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de febrero de 1972*, que se refiere a la inscripción de una cláusula de interés variable, pero con dos importantes particularidades:

a) Que contempla una cláusula relativa a «variaciones en virtud de disposición ministerial» (módulo oficial y objetivo), y en esto hay una gran diferencia con la cláusula de interés variable del presente caso objeto de recurso, en que se trata del «interés preferencial particular y subjetivo de una entidad».

b) Que destaca expresamente la exigencia del principio de especialidad consistente en señalar un máximo de responsabilidad hipotecaria por intereses, caso que en el presente caso objeto de recurso aparece enturbiada por no quedar precisados los distintos máximos correspondientes a intereses variables y a intereses de demora.

3.º *La Orden del Ministerio de Economía de 17 de enero de 1981* liberaliza los tipos de interés y regula los préstamos a tipo de interés variable, exigiendo dos condiciones: a) que se pacte un tipo de referencia; b) que se pacte la cláusula de rescisión. Al no precisar los requisitos de una y otra condición es necesario completarla acudiendo a los principios resultantes del Código Civil, y concretamente a la objetividad que señala el artículo 1.256 y a los límites derivados del artículo 1.255. En todo caso, la cláusula de rescisión exige un sistema adecuado de notificación al prestatario, comunicándole el nuevo tipo de interés con unas garantías mínimas que no se dan en el presente caso. La Circular número 12/1981, de 24 de febrero, del Banco de España completa algunos aspectos de esta Orden, y concretamente establece el requisito antes señalado y que no cumple la presente escritura de que se señale «un plazo similar al período de interés» respecto al tipo de interés preferencial. Otro requisito que establece la Circular es la necesidad de señalar un «diferencial», cosa que en la presente escritura se hace, como es natural (0,75 puntos de incremento), pero sin señalar el tipo vigente en el momento del otorgamiento de la escritura respecto al cual hay que aplicar el aumento de 0,75 puntos que es el diferencial.

4.º *Las Resoluciones idénticas de 26 y 31 de octubre de 1984* de la Dirección General de los Registros y del Notariado se refieren a su-

puestos de «cláusulas de interés variable» en que la revisión se pacta para el supuesto de que «por disposición oficial fuera variado el tipo de interés de los préstamos».

Ambas resoluciones son interesantes, pero no se refieren para nada al supuesto de interés «preferencial de la propia entidad crediticia» o de otra «entidad particular y única», como es el caso ahora planteado en este recurso.

El último «Considerando» de ambas resoluciones es muy claro sobre al supuesto de interés «preferencial de la propia entidad crediticia» o de ellas, pues dice: «Considerando que, *ciñéndose exclusivamente al concreto problema debatido, y sin entrar en otros planteamientos que pueden producirse en este tipo de cláusulas de interés variable por ser ajenos a este recurso*, es indudable que si bien en cuanto a la garantía del principal puede tratarse de una hipoteca ordinaria o de tráfico, en cambio, respecto de 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, ante 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.»

De estas dos resoluciones se desprende lo siguiente:

a) La prudencia con que tratan del problema, en un tema en el que la calificación ha de responder a una meditación profunda.

b) La admisión de las cláusulas cuando se refieren a «revisiones de interés en virtud de disposiciones oficiales», cosa perfectamente admisible, y que no es el caso de la escritura objeto de recurso.

c) La configuración clarísima de la cláusula de interés variable como supuesto de «hipoteca de seguridad», con necesidad de señalamiento de un máximo, lo que, en relación con el caso que es objeto de este recurso, no puede entenderse cumplido si se mezcla esa hipoteca de seguridad con los intereses de demora, que nada tienen que ver con el fundamento y caracteres de los intereses ordinarios, como tampoco tiene que ver ninguno de ellos con las costas, lo que implica señalar cantidades diferentes de responsabilidad máxima por cada uno de los tres conceptos, cosa que no se hace en la presente escritura.

d) La inclusión del tema de las cláusulas de interés variable dentro del ámbito de la calificación registral y la necesidad de resaltar en este campo concreto la independencia de la función calificadora. En este sentido, el Considerando segundo de ambas resoluciones dice lo siguiente:

«El Registrador, en base a la independencia de su función calificadora y a las facultades de que goza con arreglo a ella.» Se trata, por tanto, de evitar condiciones generales repetidas en todas las escrituras que hayan sido impuestas por la entidad crediticia sin atenerse a las mínimas condiciones para el acceso de la cláusula al Registro.

5.º Recientemente, la Ley 19/1986, de 14 de mayo, de reforma del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, ha hecho una breve alusión al interés variable, en los siguientes términos: «(como documento que ha de aportar el actor en el procedimiento señala el siguiente:) 4.º El documento o documentos que, cuando la hipoteca garantice un crédito o préstamo para el que se hubiese pactado un interés variable, permita determinar dicho tipo *con exactitud*, ya sea directamente, ya mediante una simple operación aritmética, si el tipo de los intereses reclamados no viniese determinado en la certificación registral ni en la copia autorizada a que alude el último párrafo del número segundo de esta regla».

Aquí se comprueba también la prudencia del legislador sobre esta cláusula, como no podía ser de otra manera.

Ante todo, hay que observar que no se refiere a los requisitos de *calificación e inscripción* de la cláusula de interés variable. Es un precepto en sede de *ejecución* del procedimiento judicial sumario del artículo 131 y, por tanto, para nada se refiere ni podía referirse al problema de los requisitos de validez e inscribibilidad de las cláusulas de interés variable. Estamos en la fase de ejecución en que el procedimiento judicial sumario parte exclusivamente del contenido de los asientos del Registro, y sobre esa base, y bajo el presupuesto de la existencia de un máximo, exige la fijación del tipo con exactitud en el momento de la ejecución. «Exactitud» que no puede producirse cuando en el momento de pactar el interés se prevé un sistema confuso de intereses preferenciales, que es lo que ocurre en este caso, en que remite a los «intereses preferenciales para créditos hipotecarios», como si sólo hubiese un tipo de tales créditos. Pero lo que se quiere resaltar ahora es que el precepto, aunque se refiere a la figura de «interés variable», en nada prejuzga ni puede prejuzgar sobre los requisitos de calificación e inscripción, que han de obtenerse sobre la base del Derecho sustantivo e hipotecario, partiendo del estudio de los requisitos de legalidad y validez de la cláusula en concreto, como cualquier otra cláusula. Al igual que en el artículo 131, el legislador nada dice sobre requisitos de calificación e inscripción respecto al principal del préstamo y de las costas, pues es materia que con carácter previo pertenece a la fase de «inscripción», en relación con el interés variable; se limita a regular el «documento a efectos de ejecución», bajo el presupuesto de que la cláusula de interés variable esté inscrita

—para lo cual ha de ser previamente calificada—, en cuyos requisitos no entra ni puede entrar.

Por tanto, el artículo 131 reformado no ha pretendido resolver todos los problemas de la cláusula de interés variable. Ha resuelto el problema de la *ejecución* cuando la cláusula esté inscrita, ya que antes de la reforma cabía discutir cómo habría de ejecutarse tal cláusula en un procedimiento automático y sin base de alegaciones ni oposición ni excepciones como es el procedimiento judicial sumario. Ahora, al permitir el automatismo, lo que ha de procurarse es precisamente extremar más, si cabe, la calificación registral, pues antes de la reforma del artículo 131 siempre cabía la posibilidad de que, aunque por error se hubiera filtrado una cláusula impropia en el Registro, el Juez quizá no aplicase luego el procedimiento judicial sumario. Pero ahora, al prever el legislador la ejecución de la hipoteca con tal cláusula, y dado que es ya irremediable para el prestatario que la ejecución se le venga encima, han de estudiarse con mayor profundización y prudencia los requisitos de inscripción de una cláusula de «efectos tan contundentes en el procedimiento judicial sumario».

Por todo ello, el artículo 131, 4.º, no cabe duda de que se refiere a las «cláusulas previamente calificadas e inscritas»; no a las no inscritas, pues éstas, al no tener base registral, carecen de la posibilidad de ejecución en un procedimiento de base registral; que, dentro de las cláusulas de interés variable, inscribibles, no cabe duda de que están también las que obedezcan a baremos o módulos *oficiales*, como son las que se pacten en función del interés básico del Banco de España o de disposiciones oficiales y otros criterios oficiales; que no parece puedan inscribirse cláusulas con referencia a intereses preferenciales cuando éstos no son objetivos; y que, desde luego, es totalmente inadmisibles la inscripción de una cláusula de interés variable que carece de objetividad e imparcialidad, como es la de la presente escritura, respecto a la cual el artículo 131, 4.º, de la Ley Hipotecaria lo que está pidiendo precisamente es que no se inscriba, pues si se inscribe faltando a la legalidad el Juez del procedimiento judicial sumario no tendrá más remedio que proceder a la ejecución, pues cumpliendo él la legalidad no puede paralizar la ejecución al basarse exclusivamente en el contenido registral. En cambio, el trámite de calificación registral, es el momento adecuado para dar el alto a las cláusulas de interés variable que no reúnan los requisitos adecuados, pues después «es ya demasiado tarde» para «el prestatario».

6.º Por último, es disposición fundamental la ya citada Ley de Defensa de los Derechos de los Consumidores de 19 de julio de 1984, y concretamente su artículo 10, que impide la inscripción de cualquier

cláusula de interés variable, y claramente de las que no reúnan los «mínimos» en perjuicio del consumidor, como la que aquí nos ocupa. Esta ley ha de ser objeto de especial atención en un epígrafe independiente, por su trascendencia a efectos del presente recurso.

La Ley de Defensa de los Derechos del Consumidor y las cláusulas de interés variable

La Ley de 19 de julio de 1984 desarrolla el artículo 51 de la Constitución, antes transcrito, en términos que no dejan lugar a dudas respecto a los abusos de la cláusula de interés variable.

MARÍA PURIFICACIÓN GARCÍA HERGUEDAS ha insistido sobre esta cuestión en un trabajo inédito sobre intereses variables.

Por tanto, una de las varias razones para que «...» no pueda variar los intereses del préstamo hipotecario concertado con un particular en base a las variaciones que haga «...» de sus intereses preferenciales de créditos hipotecarios incrementado en 0,75 puntos es que en España existe la Ley de Defensa de los Derechos del Consumidor, que en su artículo 10 protege al prestatario en estos casos.

La aplicación de la ley citada es clara por lo siguiente:

1.º Estamos en presencia de un «consumidor» que es el prestatario. El artículo 1.º, 2, de dicha ley establece: «A los efectos de esta ley son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.»

2.º Se trata de una defensa del consumidor frente a cláusulas que establezcan condiciones generales, pues el artículo 10, 2, establece:

«A los efectos de esta ley se entiende por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una empresa o grupo de empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate.» En el presente caso hay dos recursos idénticos, lo que demuestra que las escrituras son idénticas.

Estamos, pues, ante un consumidor del bien derivado del préstamo y ante una empresa que establece condiciones generales uniformes.

En el artículo 10 de la ley se exige como requisito, entre otros, bajo

sanción de nulidad parcial (nulidad de la cláusula), que exista «buena fe y *justo equilibrio* de las contraprestaciones, lo que entre otras cosas excluye: ... las cláusulas que, *de cualquier forma*, faculden al vendedor (vendedor en el sentido del número 1: 'venta de productos o servicios') *a incrementar el precio aplazado del 'bien'* ('bien' en el sentido del concepto de consumidor o usuario del art. 1.º) durante la vigencia del contrato».

Se excluyen también: «Las cláusulas que otorguen a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el contrato, excepto, en su caso, las reconocidas al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio o por muestrario.» La facultad de resolver el contrato en virtud de no aceptar el nuevo tipo de interés fijado por la parte prestamista, dando un plazo de treinta días para la devolución, implica dejar en manos de la parte prestamista el mantenimiento del contrato con distintas condiciones o provocar su resolución en base a un tipo inaceptable.

Se excluyen asimismo: «Las cláusulas abusivas, entendiendo por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios.»

«Posición de desequilibrio», porque todo se hace depender de intereses que dependen directa o indirectamente de la parte prestamista.

«Condiciones abusivas del crédito», por la misma razón.

Se excluyen igualmente: «Los incrementos de precio por servicios, accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales, susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso y expresados con la debida claridad y separación.» También se incide en este apartado, puesto que las variaciones de intereses obedecerán en el futuro a aspectos que nada tienen que ver con el prestatario, sino que son problemas en las entidades prestamistas, ya que aumentarán los intereses por dificultades internas de ellas mismas (sus propios gastos de locales, personal, problemas económicos, etc.), que con esta cláusula de interés variable tratan de repercutir sobre el cliente con el que ya concertaron una operación y que, por tanto, son incrementos de precio que no corresponden a ninguna «prestación adicional». Por otra parte, se está cambiando la naturaleza del contrato de préstamo, que de conmutativo pasa a ser «aleatorio» para el prestatario, sin justificación alguna desde su posición, pues la única razón son los posibles problemas futuros de las entidades prestamistas, que quieren mantener a toda costa los intereses conforme a mercado o conforme a sus propias decisiones. No se le puede obligar que bajo la

firma de un contrato de préstamo se le haga contratar en contrato de juego, suerte o azar.

También se excluyen: «La repercusión sobre el consumidor o usuario de fallos, defectos o errores administrativos, bancarios o de domiciliación de pagos, que no le sean directamente imputables, así como el coste de los servicios que en su día y por un tiempo determinado se ofrecieron gratuitamente.»

Para aplicar este último apartado del artículo 10 hay que observar que en las variaciones de preferenciales influyen también posibles errores de cálculo de entidades bancarias, por una mala previsión o gestión, junto a otras cuestiones de mercado crediticio, que aparecen todas ellas en una bolsa final, que nos da el «nuevo preferencial». ¿Por qué va a tener que soportar el consumidor los defectos de gestión u organización que, junto con otros motivos, puedan dar lugar a subidas de preferenciales? El «preferencial» es un monstruo de mil cabezas que depende de vicisitudes en las que ninguna intervención tienen los prestatarios y sí, en cambio, las entidades prestamistas.

Y que no se diga que el «consumidor» ha firmado libremente el contrato de préstamo hipotecario y que por ello le obliga, puesto que el artículo 2.º, 3, de la ley dice que «la renuncia previa de los derechos que esta ley reconoce a los consumidores y usuarios en la adquisición y utilización de bienes o servicios es *nula*».

También tiene gran importancia a efectos de calificación registral el número 4 del artículo 10 de la ley, en cuyo párrafo inicial dice: «Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos.»

Esta ley se dirige también a todas las autoridades y funcionarios públicos, y por ello, al tratarse de un problema de «nulidad de pleno derecho», el Registrador, al amparo de lo dispuesto en esta ley y de acuerdo con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, no puede permitir el acceso al Registro de una cláusula de la escritura objeto de recurso, que estima afecta a la «validez del acto dispositivo» a que se refiere dicha cláusula, y la considera como no puesta, conforme a la repetida Ley de 19 de julio de 1984.

Además, el artículo 10 exige «concreción, claridad y sencillez en la redacción» de las cláusulas, «con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato». Aquí se alude a «preferenciales de créditos hipotecarios» de «...», sin proporcionar ningún documento o certificado acreditativo de los actuales preferenciales ni del que se elige como tipo dentro de los varios que puedan existir por la clase y plazo

de operaciones. La aportación de ese documento quizá explicaría por qué se alude a un incremento de 0,75 puntos sobre el preferencial, pues en otro caso no hay justificación de tal incremento, y queda la cláusula sin explicación. Lo mismo ha de decirse del sistema de notificaciones, con muchas lagunas respecto a la forma que ha de llegar al destinatario la notificación, aspecto éste que ya ha sido desarrollado con anterioridad al señalar las infracciones de la escritura.

La regulación de la cláusula de estabilización del capital en la legislación hipotecaria (art. 219 RH) y referencia al orden público inmobiliario

Ante la falta de una regulación determinada de la cláusula de interés variable en las hipotecas en nuestro sistema, resulta sumamente interesante y significativo detenerse en el estudio de una cláusula similar que sí ha sido objeto de regulación en el artículo 219 del Reglamento Hipotecario, sólo que referida a «capital», en lugar de «intereses». Pero no se negará que la analogía es muy grande, pues es un precepto que regula las «cláusulas de estabilización», aspecto éste muy próximo a las «cláusulas de interés variable», sobre todo teniendo en cuenta que una y otra se refieren a riesgos futuros y no propiamente a obligaciones contractuales. Ambas se refieren también a aspectos económicos. Por todo ello la analogía es muy clara.

La regulación de las cláusulas de estabilización sobre el capital en el artículo 219 del Reglamento Hipotecario parte, además, exclusivamente de consideraciones de Derecho hipotecario, es decir, de carácter inmobiliario, y no simplemente de Derecho civil. O sea que la legislación hipotecaria introduce unos límites y unos requisitos, además de los requisitos resultantes del Derecho estrictamente civil.

Ahora le toca el turno al legislador hipotecario, para destacar que, aparte de los requisitos civiles, existen unos requisitos hipotecarios específicos que impiden el acceso al Registro de cláusulas de interés variable o de estabilización del capital que no sean las previstas por el propio legislador.

¿Y por qué el Derecho hipotecario exige en las cláusulas de estabilización del capital más requisitos todavía, aparte de los de Derecho civil?

La contestación es clara si se parte del que puede denominarse «orden público inmobiliario». Este concepto y las ideas que siguen sobre este artículo 219 los tomo de MARÍA PURIFICACIÓN GARCÍA HERGUEDAS, que tiene una serie de estudios inéditos sobre interés variable muy importantes.

Uno de los límites de la autonomía de la voluntad es el «orden público», aludido en relación con los contratos en el artículo 1.255, junto a las leyes y a la moral. ¿Qué es el «orden público»? Es «un conjunto de reglas cardinales que se deduce del sistema de valores imprescindibles que para cada ordenamiento conforman sus reglas imperativas y por cuyo desconocimiento se desnaturalizaría el mismo ordenamiento en su globalidad» (LACRUZ).

Hay diferentes manifestaciones de «orden público», según las instituciones de que se trate. Así, por ejemplo, en el «Derecho de las personas», es de «orden público» el respeto a la libertad personal, la igualdad entre los cónyuges, la imposibilidad de transigir sobre cuestiones relativas al estado civil. En materia de contratos es de «orden público» el respeto a la posición contractual de las partes, manifestado en los artículos 1.131, 1.132, 1.166, 1.256, 1.449 y 1.692 del Código Civil.

Pues bien, en materia inmobiliaria, existe el «orden público inmobiliario», que tiene varias manifestaciones. Una de ellas, por ejemplo, es la necesidad de diferenciar los derechos personales de los derechos reales y no permitir la «omnímoda» creación, sin límite alguno, de nuevas figuras reales si no es con los requisitos propios connaturales de un derecho real (sistema de *numerus apertus* con limitaciones de orden público inmobiliario). Y otra manifestación es el orden público inmobiliario como límite para que cualquier tipo de riesgo se impute a los inmuebles sin justificación alguna, produciendo una especie de vinculación de la finca en poder del acreedor. Desde esta perspectiva, el «orden público inmobiliario» impide que se puedan inscribir prohibiciones de disponer en actos a título oneroso, o por imposición del acreedor en las hipotecas; e impide también que se pueda producir una inmovilización del inmueble en el tráfico, afectándola a «riesgos» que exceden de lo que la ley permite que se garantice con hipoteca o derechos reales.

En definitiva, el «orden público inmobiliario» tiene por objeto la regulación del «estatuto real de los bienes inmuebles», con eficacia *erga omnes*, en aras a la conservación de su riqueza, la defensa del tráfico jurídico y la coordinación de las diferentes titularidades reales sobre los inmuebles. En este orden público se inserta el Registro de la Propiedad como institución que permite y protege el mismo.

El orden público inmobiliario tiene unos presupuestos y requisitos distintos de los que tiene el orden público contractual. Este último, salvo la necesidad de los requisitos de consentimiento, objeto y causa de los contratos y el respeto a las leyes, la moral y las buenas costumbres, otorga gran amplitud a los contratantes, porque sus efectos se producen sólo entre ellos y sus herederos (art. 1.257 CC).

Pero el ámbito real inmobiliario a través de la inscripción produce efectos *erga omnes* y tiene una trascendencia social que repercute en el tráfico jurídico. Y es por esto por lo que tiene límites más estrictos, no dependiendo únicamente de la voluntad de las partes en sus contratos.

Existen los límites de orden público inmobiliario derivados de la necesidad de proteger el tráfico jurídico frente a las vinculaciones y la inmovilización que éstas producen, así como la necesidad de coordinar todos los derechos reales que recaen sobre los inmuebles, evitando inimizades de la titularidad de cada uno de ellos en las otras. Y es de orden público la distinción entre derechos personales y derechos reales.

Pues bien, en las cláusulas de estabilización se manifiesta la necesidad de tener en cuenta la especialidad del «orden público inmobiliario» y la distinción entre derechos personales y derechos reales. Y en ella también se advierte el afán del legislador hipotecario por poner límites a la estabilización para evitar que la finca quede reducida a valor cero en el tráfico jurídico por vicisitudes externas al tráfico inmobiliario.

Si las consecuencias perjudiciales para la finca, derivadas de las cláusulas de estabilización pactadas, pudieran repercutirse libremente en el estatuto inmobiliario de las fincas, con ocasión de los préstamos hipotecarios, según decisión del acreedor hipotecario, el resultado sería la vinculación de la propiedad inmobiliaria a las fluctuaciones de la moneda, con consecuencias catastróficas sobre los bienes en el tráfico jurídico, al cesar el interés del propietario en la mejora de unos bienes cuyo valor, e incluso el de estas mejoras, podría ser absorbido por la hipoteca y por los intereses ilimitados.

El artículo 219, 3.º, del Reglamento Hipotecario admite con precaución esas cláusulas, a partir de la reforma de 17 de marzo de 1959, y con muchos límites. Entre 1861 y 1959 no se admitió en nuestro Derecho la cláusula de estabilización en las inscripciones de los préstamos hipotecarios bajo ninguna forma de garantía hipotecaria, precisamente por consideraciones de orden público inmobiliario (Resolución de 1952).

El Decreto de 17 de marzo de 1959 admite tal cláusula por vez primera, en términos muy estrictos, rigurosos y limitados, introduciendo en el artículo 219 del tercer apartado, en el que exige una duración mínima del contrato (tres años), que se determine la estabilización por unos módulos oficiales, expresando que «en la inscripción constará la cifra del tipo o módulo vigentes en la fecha del otorgamiento de la escritura», y expresando una cantidad máxima de responsabilidad hipotecaria (hipoteca de máximo).

Examinando detenidamente este artículo se puede ver que el Decreto de 1959 parte de la distinción ámbito real-ámbito personal en la cláu-

sula de estabilización, permitiendo que sólo una parte posible de la cláusula y dentro de unos requisitos pueda repercutir en la hipoteca e incorporarse a la finca; no se pronuncia sobre la validez obligacional y eficacia entre partes, que, desde luego, tienen que ser lícitas (esto por aplicación del Código Civil y de la Ley de Defensa de los Consumidores). Pero, además de los requisitos civiles, establece los «requisitos hipotecarios» de orden público inmobiliario.

El artículo 219 establece módulos oficiales, procedentes de actos generalmente conocidos por ser normalmente usados en las revisiones en los precios de arrendamientos rústicos y urbanos, o susceptibles de conocimiento general, como el precio del oro, el arancel de aduanas. No se trata de aplicar estos mismos módulos a la «cláusula de interés variable», sino de destacar que si «oficiales» u «objetivos» son los «módulos» previstos para la estabilización del capital, han de ser también «oficiales» u «objetivos» —aunque distintos— los módulos previstos para la variación de intereses, pues en otro caso se produciría el contrasentido desde el punto de vista del Derecho vigente en su letra y en su espíritu. Los módulos no oficiales cabría discutir si son admisibles a efectos entre partes, pero no cabrá la inscripción registral a efectos del tráfico jurídico inmobiliario. En el artículo 219 hay, pues, «módulos determinados» y *numerus clausus* de estos módulos, sin entrar en el problema de los «módulos» en el aspecto civil entre partes, que es cuestión distinta, y que aquí no interesa, porque estamos en el problema de la «inscripción» de la cláusula.

En segundo lugar, existe un límite cuantitativo porcentual a la garantía de la cláusula de estabilización, que el legislador fija en el 25 o en el 50 por 100, este último si el plazo es superior a diez años o aquél si es de diez años o menos. Estos límites deben tenerse en cuenta en la práctica, bien en el sentido de señalar un máximo de tipo de interés, que actuará como tope, o bien una cantidad máxima. Pero, en cualquier caso, no cabe mezclar ese máximo con otros conceptos distintos de la estabilización (principio de especialidad).

En la presente escritura ni se establecen módulos oficiales ni objetivos y, además, no consta de modo preciso un «máximo» específico para la variación de intereses, pues se mezcla con el concepto de «intereses de demora», que nada tiene que ver.

Y no se trata sólo de un principio de especialidad formal, sino de la necesidad de evitar que se agote por voluntad del acreedor hipotecario el valor económico de una finca o derecho, por el mero afán de cubrir sus propios riesgos futuros.

No se trata de hipoteca en garantía de obligaciones futuras, perfec-

tamente admisible conforme a los artículos 105, 142 y 153 de la Ley Hipotecaria, con los límites y requisitos propios de tales figuras, sino de una hipoteca, ésta de estabilización, muy especial, pues no es en garantía de obligaciones, sino en garantía de hechos fortuitos que no suponen ninguna entrega o prestación del acreedor ni ningún enriquecimiento del deudor.

Es una hipoteca en «garantía de responsabilidades por riesgo». La finca responde y paga el daño que al acreedor le causa en su crédito la desvalorización monetaria. La propiedad inmobiliaria y su tráfico jurídico se recarga así con los riesgos y perjuicios de un sector extraño: los riesgos económicos del dinero y de su desvalorización.

Esto es excepcional en el Derecho inmobiliario, porque, en el ámbito inmobiliario, el orden inmobiliario y su tráfico tienen sus propias reglas y sus propios riesgos, distintos de los riesgos del crédito y de los problemas económicos de las entidades bancarias y crediticias.

El principio de libertad del tráfico inmobiliario y del crédito real inmobiliario exige la plena independencia de los riesgos inmobiliarios frente a los otros riesgos derivados de los ámbitos económicos de los diferentes mercados de bienes.

Si no fuera así, las fincas y el tráfico jurídico se convertirían en aseguradores y responsables de hechos, acontecimientos o casos fortuitos del sector dominante, que de esta manera determinaría el valor de los bienes inmuebles, liberándose de sus riesgos, que haría pagar a la propiedad inmueble y a su tráfico.

En otras palabras, la repercusión sobre la propiedad inmueble y el tráfico jurídico de los riesgos extrainmobiliarios.

Esto no se admite indiscriminadamente en nuestro Derecho, pues la hipoteca se puede constituir en garantía del cumplimiento de toda clase de obligaciones, y cubre así la responsabilidad por su incumplimiento. Pero la obligación consiste en dar, hacer o no hacer una cosa por parte del deudor, susceptible de indemnización de daños y perjuicios. Es decir, de responsabilidad subjetiva. Donde no hay posibilidad de existencia de responsabilidad subjetiva no hay responsabilidad por obligación. Estaremos ante la responsabilidad objetiva por riesgo, que es propia de los contratos de seguro, de suerte, pero no del préstamo hipotecario.

La razón por la que se permite la inserción de la cláusula de estabilización en los préstamos hipotecarios, y sólo en los de a medio y largo plazo y con unos límites, es porque son el instrumento mediante el que se obtienen capitales para su inversión en la explotación y mejora de los inmuebles, incrementando así su valor y riqueza inmobiliaria. Y es por ello por lo que excepcionalmente se admiten, dentro de los límites

que señala el artículo 219, en contrapartida al beneficio que estos préstamos producirán en la propiedad inmueble. Pero de ahí a admitir la «cláusula de interés variable», sin ningún límite y sin ningún requisito, va un abismo, que iría además en contra de la regulación de la cláusula similar de «estabilización del capital del préstamo».

III. EXPLICACIÓN DE LA NO INSCRIPCIÓN DE LAS RESTANTES
OBLIGACIONES Y PACTOS EXCLUIDOS SEGÚN LA NOTA
DE DESPACHO AL PIE DEL DOCUMENTO.
OBSERVACIÓN GENERAL COMÚN A TODOS LOS SUPUESTOS

Como observación general y común a todos los pactos excluidos de inscripción que señala la nota de despacho, y que sucesivamente se irán detallando, se aprecia en el escrito del recurrente una confusión o equívoco respecto a dos conceptos totalmente diferentes:

- el *préstamo mutuo* y todas las *obligaciones* accesorias del mismo, de carácter personal;
- y, por otro lado, el *derecho de hipoteca*, de *naturaleza real*, y que es la garantía de la devolución del préstamo y del pago de los intereses. A efectos del derecho real de hipoteca sólo los pactos de trascendencia real son inscribibles y afectan a la hipoteca.

Por eso la nota de despacho no trata de declarar inválidos los pactos no reales, sino de destacar que, al ser personales, sólo tienen efecto entre las dos partes contratantes, y que no pueden afectar a terceros y es por eso por lo que no son inscribibles.

Partiendo de este error previo por parte del recurrente, vienen todos los equívocos y confusiones al estudiar cada cláusula, creyendo que lo meramente personal u obligacional puede tener «efecto real» por el mero hecho de pactarse el «vencimiento anticipado». También este pacto de vencimiento anticipado por lo que se refiere a aspectos obligacionales es un pacto personal entre partes, salvo por lo que se refiere a los aspectos reales.

Por tanto, la desestimación de todas las alegaciones del recurrente es obvia, partiendo de esa confusión entre lo personal y lo real, pues pretende que lo personal tenga acceso al Registro, contra la definición misma del Registro en el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, cuyo objeto es la inscripción o anotación de los actos y contratos *relativos al dominio* y *demás derechos reales* sobre bienes inmuebles. Contra el artículo 51, 6.ª, del Reglamento Hipotecario, que dice que no son inscribibles *los pactos*

que carezcan de trascendencia real. Contra el artículo 98 de la Ley Hipotecaria, según el cual se han de cancelar los derechos personales indebidamente inscritos. Contra el artículo 9.º del Reglamento Hipotecario, según el cual no son inscribibles los derechos personales u obligacionales. Y, en definitiva, contra todo el sistema inmobiliario español, que parte de la distinción entre derechos reales y obligacionales.

La diferenciación entre lo real y obligacional, básica en la legislación hipotecaria, es también fundamental dentro del Código Civil. El Código Civil concibe el contrato como fuente de obligaciones entre los contratantes, según el artículo 1.089 del Código Civil.

Por eso el artículo 1.257 del propio Código Civil dice que «*los contratos sólo surten efectos entre las partes contratantes y sus herederos*». Es una norma de esencia del contrato y de orden público. Cualquier pacto que quisiera dar a lo obligacional, «efecto real», sería un contrasentido, pues aparte de la *contradictio in terminis*, ocurriría que a su vez ese extraño pacto sólo tendría efecto entre las partes contratantes y sus herederos, por lo que, por imperativo del artículo 1.257, no tendría efectos reales.

El vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones sólo puede plantearse dentro del contrato desde la perspectiva de los efectos personales del contrato. Hay aquí también nuevos confusionismos en el escrito del recurrente.

Se confunden, además, los efectos de una «*resolución*» de efectos reales con el *mero incumplimiento de obligaciones* que da lugar a *acciones personales* propias, en su caso, del artículo 1.124 del Código Civil, y en muchos casos ni siquiera eso, según veremos.

Para que se produzca la «*resolución automática*» de un contrato ha de haberse pactado una *condición resolutoria* entendida como «suceso futuro e incierto», acontecimiento extraño al contrato, pero esencial para el contrato, porque las partes han supeditado el consentimiento contractual a ese evento. Por eso las condiciones resolutorias relativas a suceso futuro e incierto son inscribibles (arts. 23 LH y 51, 6.ª, RH), porque el cumplimiento del evento afecta al consentimiento y *afecta a la existencia del contrato*. El contrato deja de existir retroactivamente, con efectos reales. En cambio, el mismo artículo 51, regla 6.ª, del Reglamento Hipotecario, que prevé la inscripción de las condiciones, niega el acceso al Registro de los pactos obligacionales, sin trascendencia real.

Por eso, cuando, existente el contrato sin estar sometido a ningún evento condicionante, se produce un incumplimiento ulterior de obligaciones, se trata de una cuestión entre las partes del contrato, y concretamente se trata de «*incumplimiento del sinalagma*» o de la reciprocidad

del contrato oneroso, y entonces, ante ese incumplimiento de obligaciones fundamentales y correlativas, una parte puede ejercitar la acción del artículo 1.124 contra la otra. Pero esta acción tiene efectos *personales entre las partes*. Para que afecte a terceros sería necesario que se tomase anotación preventiva de la demanda en el Registro de la Propiedad (artículos 37 y 42, 1.º, LH).

Unicamente en el supuesto del artículo 1.504 (pacto de la *lex com-misoria*), por razones históricas y por razones de analogía con el derecho real de retracto convencional, la Ley Hipotecaria da «efectos reales» al impago de la obligación fundamental del precio en la compraventa, en el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, que es el único incumplimiento de obligación al que la ley da efectos *erga omnes* cuando se inscribe. Pero el supuesto del artículo 1.504 es excepcional y la Ley Hipotecaria sólo lo admite en ese caso del impago del precio aplazado.

Por la misma razón, en la hipoteca, que puede garantizar cualquier obligación (art. 105 LH), *lo que se garantiza exclusivamente* en las escrituras —y también en la de recurso— es la *devolución del principal del préstamo y el pago de intereses y, en su caso, el pago de costas*. Respecto de éstas, como están garantizadas con un derecho real, se produce el efecto real, igual que en el impago del precio en la compraventa con la cláusula resolutoria explícita se produce el efecto real. Pero las demás obligaciones, tanto de la compraventa como de la escritura de préstamo, su incumplimiento no da ni puede dar lugar a *extinción del contrato con efectos reales*, pues se trata de obligaciones de distinta naturaleza que las obligaciones de devolución del principal y de los intereses.

Por una parte, son obligaciones extrañas a la «causa» del préstamo y al «sinalagma». Son, además, obligaciones accesorias y futuras, a diferencia de las que ya han surgido y se han garantizado con hipoteca.

Como tales obligaciones futuras, el vehículo adecuado para garantizarlas sería, conforme a la Ley Hipotecaria, que permite la constitución de hipoteca en garantía de toda clase de obligaciones, constituir una *hipoteca en garantía de obligaciones futuras* conforme al artículo 142 de la Ley Hipotecaria, señalando un máximo de responsabilidad de la finca por los conceptos correspondientes y concretamente por la cuantía de indemnización que se fije ante el incumplimiento de tales obligaciones de hacer. Como esto no se ha hecho en la escritura, la hipoteca no puede garantizar tales obligaciones, ni tales obligaciones pueden afectar a la hipoteca ni directa ni indirectamente, pues ello va en contra de la distinción entre derecho personal y derecho real —que es de orden público en el Derecho inmobiliario—; va, además, en contra del ámbito de la garantía de constitución de hipoteca fijado por las propias partes y va en

contra del artículo 1.257 del Código Civil, que dice que el contrato como fuente de obligaciones sólo surte efecto entre las partes contratantes y sus herederos.

Por otra parte, toda esa serie o cúmulo de obligaciones no tiene justificación en el contrato de préstamo y mucho menos a efectos de la hipoteca. En los contratos gratuitos cabe la obligación como «modo» limitativo de la cuantía de la donación (art. 619 CC). Como el donatario recibe un beneficio con la donación se admite un modo únicamente hasta la cuantía del gravamen. Lo mismo ocurre con los legados. En cambio, tratándose de contratos onerosos, la admisión de multiplicidad de obligaciones fuera del cuadro del «sinalagma» y sin una contraprestación clara por parte del acreedor al deudor representa un abuso por lo que se refiere a la estructuración de la causa y a la idoneidad del contenido del contrato. E incluso representa un «modo» que en el *contrato oneroso* es inadmisibles, pues no obedece a justificación alguna. Unicamente tratándose de contratos onerosos de instituciones que realizan subvenciones cabe imaginar la existencia de obligaciones modales en contrapartida con la existencia de la subvención. Pero en el tráfico normal de entidades particulares de crédito, si la lista innumerable de obligaciones que se imponen al prestatario no se explica que tenga una contrapartida, resultará que, aparte de ser meramente personales entre partes y no afectar a terceros, será muy dudoso su validez y eficacia, pues el modo no se justifica en los contratos onerosos, y éstas representan auténticas «obligaciones modales» en contratos que ya tienen cubiertas las contraprestaciones: préstamo-intereses.

Por todo ello, pero sobre todo por su carácter obligacional, procede denegar la inscripción de tales cláusulas, tal como resulta de la nota de despacho al pie del documento.

En concreto, se examinan seguidamente las que se excluyeron de la inscripción según dicha nota.

A) *Obligación del prestatario a aplicar el importe del préstamo exclusivamente al pago del precio de compra del inmueble que se describe en la escritura.*

Según la nota registral, no se ha inscrito: «1) Párrafo 1.º, 2, de la *estipulación primera*». Ese párrafo es el que recoge tal obligación.

El carácter obligacional de esa cláusula, que impide su inscripción, es clarísimo, puesto que en la escritura se dice que «el prestatario se obliga». Por otra parte, *la obligación de destinar* el préstamo al pago del precio de la compra de un inmueble es algo que no tiene por qué afectar a tercero. ¿Qué tiene que ver un tercero con esa obligación? ¿Por qué

le va a afectar ese destino, que como tal destino del dinero es algo meramente obligacional e incluso modal? Si, como hemos dicho, se tratara de una institución oficial que presta a intereses muy bajos, podría a lo sumo justificarse que se diera a los fondos un determinado destino. Pero, en todo caso, sería obligacional. Un tercero que en lo sucesivo adquiera el inmueble ya no tiene por qué verse involucrado en una obligación que no puede controlar ni tiene elementos suficientes para saber si se cumple o no.

Por otra parte, la obligación de aplicar el importe del préstamo al pago del precio de compra del inmueble carece totalmente de relevancia a efectos registrales, que son los que ha de consultar el tercero, desde el momento en que la adquisición del inmueble se ha realizado ya y no consta en la escritura de compraventa que ya se ha inscrito que figure ningún aplazamiento de pago, por lo que es ya inoperante que exista tal obligación entre el Banco y el deudor.

Efectivamente, examinada la previa inscripción de la escritura de compraventa, anterior a la inscripción de hipoteca, se observa, y de ello certifica este Registrador, que tiene a su cargo el Archivo, que las partes del contrato de compraventa manifiestan que el precio correspondiente al piso vendido ha sido ya satisfecho con anterioridad. Por ello, aparte de que se trata de una obligación de destino no inscribible por su carácter obligacional, resulta del documento público de compraventa y de la inscripción de esa compraventa anteriores a la inscripción de hipoteca que no existe ninguna cantidad pendiente de pago por lo que se refiere al piso, por lo que es ya totalmente indiferente que conste el vencimiento anticipado por esa causa, que según el Registro aparece ya cumplida. Consignarla ahora sería crear confusionismo. En todo caso, el tercero no tiene por qué nombrar un detective que compruebe dónde se ha gastado el dinero el deudor.

Admitir esta cláusula sería tanto como dejar en una oscuridad, confusionismo e inseguridad total al tercero, que no se animaría a comprar ante la eventualidad de que una obligación que no es suya y que él no puede saber ni controlar le puede provocar, por lo que sea, un vencimiento anticipado de la hipoteca.

Por tanto, es claro el efecto obligacional, personal e inoperante, a efectos registrales, de tal párrafo 1.º, 2, y la nota registral de despacho debe ser mantenida.

B) *Estipulación tercera. Párrafo 3.º, 3.*—Dice también la nota de despacho: «no se han inscrito: 3) Párrafo 3.º, 3, de la estipulación tercera». Esto se refiere al interés variable, y como éste no se ha inscrito

por las razones expresadas en el APARTADO II de este instrumento, es claro que no procede inscribir ese apartado.

C) *Estipulación cuarta. Comisiones y gastos.*—Dice también la nota: «no se ha inscrito: 4) Estipulaciones cuarta, sexta y séptima».

La estipulación CUARTA se refiere a comisiones y gastos.

Esta estipulación es claramente obligacional. Se trata de una cláusula de gastos de otorgamiento de la escritura, honorarios de registro, impuestos de escritura, etc. En ninguna escritura se inscriben estas cláusulas; así, por ejemplo, en una compraventa se incluye la lógica cláusula de gastos, y a nadie se le ha ocurrido inscribirla, porque su ámbito es clarisimamente obligacional. Sólo afecta a las partes contratantes, y no a terceros. La hipoteca no comprende estos gastos, a menos que se diga expresamente, y en tal caso no podrían englobarse con las costas y gastos judiciales, que son un concepto diferente que la ley admite porque se trata de *costas que derivan del propio procedimiento judicial en que se ejecuta la hipoteca*, y por ello su determinación es clarísima en la propia ejecución hipotecaria. En cambio, toda esa serie de gastos pactados y que están fuera de la ejecución y de la garantía hipotecaria no tienen nada que ver con la hipoteca, pues se trata únicamente de *unas obligaciones del «prestatario»* y no de los terceros. Para que fuera admisible su garantía con hipoteca tendría que haberse estructurado una *hipoteca adicional en garantía de obligaciones futuras consistentes en esos gastos e impuestos, con diferenciación de la hipoteca en garantía de costas y gastos judiciales*, pues ésta es de distinta naturaleza, ya que su determinación deriva del control del propio procedimiento judicial y en él se realiza un trámite de «tasación de costas». Y, en cambio, respecto a toda esa multiplicidad de gastos, se trata de obligaciones futuras, indeterminadas en su existencia y cuantía, que requieren la constitución expresa de hipoteca de seguridad por un máximo específico para cubrir tales conceptos, y respecto a las cuales la aplicación del procedimiento judicial sumario sería muy dudosa, puesto que se trata de obligaciones futuras que habría que acreditar y que en el procedimiento judicial sumario no es posible hacerlo, dado su automatismo e imposibilidad de alegaciones. Ello demuestra la diferencia entre «costas y gastos judiciales» y estos otros «gastos e impuestos».

En cuanto a «comisiones», se señalan en el *epígrafe* de la estipulación cuarta, y sin embargo en el contenido de ella no aparecen para nada tales comisiones. Pero tampoco serían inscribibles, por la misma razón que se acaba de indicar y porque no se ha especificado qué tanto por ciento de comisión es el que se aplica, requisito necesario no sólo

porque hay unos límites de comisión infranqueables según la Orden de 19 de enero de 1981, sino porque falta la especialidad o determinación, aspecto fundamental para que lo puedan conocer los terceros. Aparte de que sería obligacional, pues no está cubierta por la hipoteca en el pacto de constitución de hipoteca —en el que no se señala ninguna responsabilidad por comisión—, y es en definitiva una comisión «fantasma», totalmente inexistente.

D) *Cláusula sexta. Intereses de demora.*—La cláusula sexta se refiere a los INTERESES DE DEMORA. Según la nota de despacho: «No se ha inscrito esa cláusula sexta de intereses de demora ni tampoco la frase 'incluidos los de demora', que aparece en el pacto 11.2.ii de responsabilidad hipotecaria.»

La razón de no inscribir en este caso este concepto es que la naturaleza de los intereses de demora es totalmente diferente de la naturaleza de los intereses ordinarios, ya que obedecen a distinto planteamiento y requisitos, todo lo cual exige expresar una cantidad *individualizada, específica y máxima por el concepto de intereses de demora*, pues la mezcla y confusión con intereses ordinarios, señalando un máximo para ambos conceptos, significa desconocer la distinta naturaleza entre unos y otros y atenta contra el principio hipotecario de especialidad.

La Dirección General de los Registros y del Notariado se ha ocupado de la distinta naturaleza entre *intereses y costas* y *entre intereses de demora y costas*, a pesar de que tanto la hipoteca de intereses de demora como la de costas son de «seguridad» y exigen un *máximo*. Esto lo ha destacado la Resolución de 29 de octubre de 1984, que dice: «Considerando, en cuanto al segundo defecto, que aun cuando el supuesto de hecho sea distinto de los que motivaron las Resoluciones de 14 de febrero y 15 de marzo de 1935 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, dado que ahora se trata de una garantía hipotecaria sobre posibles *intereses moratorios* y en la cuantía legal fijada en el momento de la demora, *lo que supone la constitución de una hipoteca de seguridad por ser indeterminado el crédito, con la consiguiente fijación de un máximo de responsabilidad, y en este aspecto se asemeja a la hipoteca en garantía de costas y gastos, pero esta semejanza no implica que puedan englobarse ambos créditos en una sola cantidad, pues siguen subsistiendo en base del principio de especialidad idénticas razones a las expresadas en las indicadas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que implican el que ambas responsabilidades aparezcan claramente diferenciadas a fin de que se conozca tanto por las partes como por los terceros la determinación de cada crédito y se*

evitan así ambigüedades, se elimina toda confusión y se da cumplimiento a los fundamentos del sistema inmobiliario español.»

De esta reciente resolución se desprende:

1.º Que los intereses de demora no se pueden englobar con la cantidad señalada para costas.

2.º Que los intereses de demora constituyen una hipoteca de seguridad semejante a las costas, y a pesar de esa semejanza —que por cierto es mayor que la que existe entre intereses ordinarios y de demora— la Dirección General considera que no cabe englobar ambos créditos en base al principio hipotecario de especialidad o determinación.

Y es que los intereses ordinarios son de naturaleza totalmente diferente a los de demora, lo que exige separarlos debidamente y no englobarlos en una sola cantidad máxima, como ha hecho la escritura en el pacto 11.2.ii, donde se señala un máximo global por intereses de demora y por intereses ordinarios. Ese máximo no ha sido inscrito porque al ser un máximo global de dos conceptos totalmente diferentes no sólo deja indeterminada la cantidad máxima de intereses de demora, sino también, según se ha dicho anteriormente, la cantidad máxima de intereses variables.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1984 distingue perfectamente uno y otro tipo de intereses. En el penúltimo «Considerando» dice que «deben distinguirse unos y otros intereses, siquiera tanto los pactados como los moratorios (sean los pactados o los legales) se mueven sobre la misma línea económica de valorar o bien de disponibilidad de dinero obtenida por el prestatario durante el tiempo fijado (los contractuales) o la privación sufrida por el acreedor (los moratorios), por cuanto *los cometidos son jurídicamente diferenciables* al ser los pactados para el plazo convenido la *remuneración* (a la manera de precio del dinero o renta para su utilización), mientras que a los *moratorios* los singulariza su *finalidad indemnizatoria por el incumplimiento de la obligación*, por lo que los moratorios no pueden identificarse con el pacto de interés de los artículos 1.755 del Código Civil y 314 y 315 del Código de Comercio.

En la doctrina también se ha planteado ya la especial naturaleza jurídica de los intereses de demora. Así, recientemente, MANUEL BALLESTEROS ALONSO (en *Boletín del Colegio Nacional de Registradores*, número 229, diciembre 1986, pág. 2322) dice acertadamente lo siguiente:

«Los intereses de demora no tienen —y esto es lo primero que hay que decir— la misma naturaleza jurídica que los intereses llamados or-

dinarios. Estos son, en rigor, el precio del contrato oneroso que se celebra, es decir, el precio del dinero prestado o el precio del aplazamiento de pago concedido (cuando no estamos ante una hipoteca en garantía de un préstamo, sino ante una hipoteca en garantía de una deuda que se reconoce). En ese sentido esos intereses ordinarios constituyen una parte esencial del contrato.»

«Por el contrario, los intereses de demora son algo accesorio al contrato de que se trata, en cuanto que lo primero que de ellos cabe decir es que su pago no forma parte (como en el caso de los intereses ordinarios) del cumplimiento del contrato, sino parte precisamente de su incumplimiento. Los intereses moratorios no son un precio en sentido estricto, es decir, no son una contraprestación que una parte hace para compensar la prestación que en su favor hizo la otra. Los intereses moratorios son, en todo caso, el precio del propio incumplimiento o cumplimiento defectuoso por tardío: la sanción que ahora (en el momento de celebrar el contrato) acordamos que pagaré para el caso de que no cumpla lo que debo cuando debo, sino más tarde.»

«Y si los intereses moratorios son una pena, la cláusula en que se establecen es una cláusula penal, y la obligación principal a que se refieren es una obligación con cláusula penal a la que resultan de aplicación los artículos 1.153 y siguientes del Código Civil. Y antes que éstos, y además de éstos, los artículos que el Código contiene referentes a la propia mora, como son el 1.101 y 1.108.»

«El pacto en el que se establecen los intereses moratorios es, pues, como regla general, y salvando casos particulares, una forma de tasar anticipadamente los daños y perjuicios causados por el incumplimiento consistente en un retraso. Y los propios intereses de demora no son más que la indemnización de daños y perjuicios.»

Y, seguidamente, es partidario de la misma opinión que aquí se mantiene, pues, con base en la referida Resolución de 29 de octubre de 1984 y en las de 14 de febrero y 15 de marzo de 1985, llega a la conclusión de que hay que señalar una cantidad máxima específica e individualizada por intereses de demora, que no se puede confundir ni mezclar con los intereses ordinarios ni con las costas.

E) *Cláusula séptima. Otras obligaciones.*—En la cláusula SEPTIMA de la escritura, bajo el título «Otras obligaciones del prestatario», se contienen precisamente eso: una serie de obligaciones o pactos personales que no son inscribibles a efectos del derecho real de hipoteca, pues son obligaciones no garantizadas por la hipoteca, a pesar de que para garantizarlas existe el mecanismo de *hipoteca en garantía de obligacio-*

nes futuras, señalando un máximo específico por tales conceptos, cuya concreción en el futuro exigiría un procedimiento especial totalmente diferente del previsto para las responsabilidades por capital, intereses y costas, pues o bien se aplicaría por analogía lo dispuesto en el artículo 153, últimos párrafos, de la Ley Hipotecaria, o bien se exigiría una previa nota marginal de concreción de cantidades conforme a los artículos 142 y 143 de la Ley Hipotecaria, para instar el procedimiento judicial sumario. Pero esto es, en todo caso, pura hipótesis, pues al no haber quedado garantizadas con hipoteca de seguridad con una cantidad máxima prevista como indemnización por incumplimiento de tales obligaciones, no es posible su acceso al Registro.

Y si son obligaciones, obligaciones siguen siendo, o sea pactos entre partes, que, a pesar de que se pacte el vencimiento anticipado, ello no puede afectar de ningún modo a la hipoteca, que es un derecho real respecto al que en nada afectan esas obligaciones totalmente personales e independientes de la hipoteca.

La entrada en el Registro de tales obligaciones a través del «pacto de vencimiento anticipado» supondría:

a) Un fraude de ley, pues sería permitir la entrada en el Registro de obligaciones no inscribibles a través de un pacto personal de vencimiento anticipado.

b) Una desnaturalización del contrato, que sólo surte efectos entre las partes contratantes y sus herederos, como fuente de obligaciones (artículo 1.257 CC), por lo que, aun pactándose su efecto frente a terceros, sería por lógica institucional un nuevo pacto personal que no trascendería a terceros (art. 1.257).

c) Eludir la figura de la hipoteca en garantía de obligaciones futuras, por no haberse seguido la vía normal de acceso al Registro a través de la garantía de obligaciones futuras por medio de esa hipoteca especial prevista en los artículos 105, 142 y 143 de la Ley Hipotecaria.

d) La confusión entre lo «real» y lo «obligacional», no siendo susceptibles de afectar a terceros, pactos de vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones personales, que sólo dan lugar a «acciones personales» y no «reales». El pacto de vencimiento anticipado no cambia la acción personal en real.

e) La admisión de un «modo» en contratos onerosos, porque, en definitiva, se trata de auténticos «modos» u «obligaciones modales» que, en principio, carecen de justificación en contratos onerosos, salvo que se pacte o explicita la contraprestación que recibe a cambio el prestatario

por la adición que supone la imposición de tales obligaciones. En cualquier caso, son «modos que no afectan a tercero».

f) La confusión entre «obligación» y «condición», olvidando que «lo que está en la obligación no puede estar en la condición».

Por eso la obligación del prestatario de hallarse al corriente en el pago de las contribuciones e impuestos que graven la finca hipotecada y de tenerla asegurada contra el riesgo de incendios en una compañía que sea aceptable para el Banco, subrogando a éste como beneficiario del seguro y obligándose el prestatario a satisfacer puntualmente las primas del seguro, son aspectos meramente obligacionales; una serie de obligaciones futuras y modales que sólo vinculan a lo sumo a las partes y que no han sido garantizadas con hipoteca a través de la única figura legal admisible: la hipoteca de máximo en garantía de obligaciones futuras. Ello aparte de imponer condiciones sobre «compañía aceptable para el Banco», que puede significar para el prestatario el pago de elevadas primas, con intervención entonces de la Ley de Defensa de los Consumidores, por este camino, ley de la que ya se ha hablado con extensión en epígrafes anteriores.

En cuanto a la obligación del prestatario, «cada vez que lo requiera el Banco durante la vigencia del presente contrato, de justificar el cumplimiento de la obligación anterior», es secuela de ella y, por tanto, tiene carácter obligacional y tampoco afecta a tercero. En cuanto a la posibilidad de efectuar directamente el Banco los pagos por cuenta del prestatario, esto no se ha garantizado con hipoteca específica y diferenciada de las costas y gastos judiciales.

En cuanto a la obligación de que la póliza del seguro del inmueble hipotecado quede en poder del Banco durante la vigencia del préstamo, aparte de ser un pacto personal, es abusivo, pues no hay razón alguna para que el contratante de un seguro se desprenda de la póliza y se la entregue a un Banco, acreedor hipotecario.

F) *Especial referencia a la obligación de no arrendar sino en determinadas condiciones.*—En la misma cláusula SEPTIMA se contiene otra obligación que tampoco ha sido objeto de inscripción. Es la obligación de «NO ARRENDAR la finca hipotecada por renta que no cubra las cuotas y pagos que ha de efectuar el prestatario, de conformidad con este contrato, salvo previo acuerdo del Banco». Esto representa igualmente una mera obligación personal, que no puede dar lugar a vencimiento anticipado a efectos del ejercicio de la acción real hipotecaria y que no afecta a tercero.

El pacto de no arrendar siempre ha sido considerado como no inscribible, ni siquiera pactándose bajo la forma de dar lugar al vencimiento anticipado, pues va contra la libertad de contratación que resulta del artículo 27 de la Ley Hipotecaria, que es un precepto de orden público inmobiliario.

Por tanto, la no inscribibilidad de tal cláusula resulta con claridad del artículo 27 de la Ley Hipotecaria introducido en la reforma de 144-46. Pero ya antes el artículo 107, 3.º, de la Ley Hipotecaria y la Dirección General de los Registros y del Notariado habían sentado el mismo principio. Así, la Resolución de 9 de junio de 1914, relativa a un pacto por el que el deudor se obligaba a no hacer contrato alguno sobre la finca hipotecada que sea inscribible en el Registro de la Propiedad mientras no estuviera completamente pagado el acreedor, declara que tal pacto «se opone al principio de libertad de contratación que informa la legislación civil y especialmente a lo dispuesto en el artículo 107, número 4 (actual núm. 3), de la Ley Hipotecaria, que permite en todo caso la constitución de segundas y posteriores hipotecas».

La Resolución de 6 de julio de 1917 declara que «aun cuando el pacto de no constituir sobre las fincas hipotecadas arrendamiento alguno que tenga carácter de inscribible en el Registro, carece de las condiciones esenciales necesarias para ser mencionado en el asiento de hipoteca, por ser una promesa u obligación simplemente personal y negativa, no puede decirse que anula o invalida el derecho real creado, sino más bien que ha de regirse por los preceptos del derecho de obligaciones y, en su consecuencia, la escritura en este particular es defectuosa únicamente por solicitarse en ella la inscripción del aludido pacto». Por tanto, lo declara no inscribible.

La Resolución de 9 de marzo de 1918 se manifiesta en el mismo sentido. La Resolución de 26 de julio de 1928 declara que la prohibición de celebrar ciertos contratos inscribibles, como el arrendamiento, ataca directamente la disponibilidad de las fincas y el crédito inmobiliario, bases fundamentales de nuestro régimen hipotecario; por lo que ha de negarse fuerza real a la obligación negativa de celebrar en lo futuro cierto contrato.

Muy importante es también la Resolución de 16 de junio de 1936, que declaró no inscribible el pacto por limitar el derecho del dueño a enajenar los bienes hipotecados, que decía que «se produciría el vencimiento total de la hipoteca por la venta o arriendo sin autorización del Banco (acreedor) de los inmuebles afectados». En el mismo sentido, las Resoluciones de 18 de noviembre de 1960 y de 4 de noviembre de 1968, que incluso advierte de la no inscripción de pactos que precipitan el

vencimiento anticipado de la obligación, pues son estipulaciones que contienen prohibiciones o limitaciones de disponer *encubiertas* bajo forma de condición resolutoria.

Por tanto, es totalmente indiferente para la Dirección General de los Registros y del Notariado que se hayan pactado como tales prohibiciones de disponer o disfrazadas como pactos provocadores de un vencimiento anticipado. Y es que la limitación es idéntica, y ese vencimiento anticipado es de efectos personales, tal como aquí se defiende.

La reciente Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de enero de 1986 confirma la misma orientación, a pesar de que el recurrente trate de apoyarse en ella. Se había pactado en la escritura del caso de la resolución como «obligación del hipotecante» la de «*no arrendar sin autorización escrita del Banco, sin perjuicio del derecho de éste de impugnar el arriendo cuando sea lesivo a su derecho*».

Ante este supuesto, la «doctrina» de la resolución es que *no es inscribible tal obligación*, con lo que reitera la doctrina de anteriores resoluciones.

La *ratio decidendi* de la resolución se ve clara en los dos primeros Considerandos, pues en el primero centra el «supuesto de hecho» y en el segundo la «doctrina». Dicen así:

«Considerando que el primero de los defectos de la nota hace referencia a *si es inscribible en los libros registrales el pacto por el que la entidad hipotecante o quien le suceda en la titularidad de la finca hipotecada está obligado a no arrendarla sin autorización escrita del Banco prestamista*.»

Y delimitado así el supuesto, he aquí la doctrina de la resolución: «Considerando que ha sido reiterada la doctrina de este Centro en el sentido de que *no cabe la inscripción de todo pacto que establezca limitaciones y obligaciones que, como la de no arrendar, unida a la sanción del posible vencimiento anticipado en caso de incumplimiento, disminuyan o restrinjan directa o indirectamente las facultades del dueño de la finca hipotecada, ya que, además de atacar más allá de lo necesario su goce y libre disponibilidad, obstaculizan, por otro lado, el destino y función social connaturales a las propias fincas*.»

Y en base a esa doctrina la Dirección General «confirma el auto apelado y la nota del Registrador».

Esta es la «doctrina» y la *ratio decidendi* de la resolución, a la vista del caso planteado, y la verdadera lectura en derecho (*ratio decidendi*) de la resolución. Por eso la resolución que cita el recurrente es una

confirmación de la nota registral del presente recurso, pues su doctrina va en contra de la pretensión del recurrente.

Ahora bien, como no se trata de obviar otras declaraciones de la resolución, se entra también en ellas, pues en nada afectan a la doctrina de la resolución (ya fijada, lo que significa que son *obiter dicta*) y nada significan en pro de la solución que pretende el recurrente en relación con el caso ahora planteado, que es diferente del que, en *obiter dictum*, contempla seguidamente la resolución. En definitiva, «doctrina» de la resolución claramente en contra del pacto; y *obiter dictum*, que, a pesar de lo que crea el recurrente, tampoco favorece el pacto de la presente escritura.

Veamos ese *obiter dictum*. La propia resolución, aludiendo al artículo 219, 2.º, del Reglamento Hipotecario y a la legislación especial de arrendamientos urbanos (aplicable a la escritura de aquel caso, pero no a ésta, que es de fecha posterior), dice que «no parece irracional ni abusivo que en la escritura de constitución de hipoteca se contenga alguna prevención adecuada respecto de aquellos arrendamientos ulteriores que pudieran no estar sujetos al principio de purga, y que por la renta estipulada pudieran disminuir gravemente el valor de la finca hipotecada, como pueden ser los arrendamientos estipulados sin cláusula válida de estabilización, o aunque contengan, si la renta anual capitalizada al tanto por ciento que resulta de sumar el interés legal del dinero un 50 por 100 más (cf. art. 219, 1.º, RH) no cubre la responsabilidad total asegurada». Pero seguidamente advierte que ahora «en la legalidad vigente ya no todos los arrendamientos urbanos están sujetos a prórroga legal», lo que es una advertencia muy importante en relación con el caso que aquí se plantea, pues sabido es que el Real Decreto-ley de Medidas Económicas de 30 de abril de 1985 modificó la ley arrendaticia, suprimiendo la prórroga forzosa, cambio fundamental en la legislación arrendaticia, no sólo porque deja el contrato de arrendamiento equiparado en cuanto al plazo a los demás contratos inscribibles, sino porque todo el problema de rentas desfasadas que antes existía deja de tener realidad y hace innecesario plantear una especial regulación del pacto de no arrendar, que por ello ha de quedar en principio equiparado a los demás pactos de no disponer.

Lo primero que se advierte de la lectura de este Considerando es que es muy extraño, pues nadie, ni las partes en la escritura, ni el Registrador, ni los recurrentes, habían alegado nada acerca de esas posibilidades de pactos sobre interés legal del dinero más un 50 por 100. Por tanto, nada tiene que ver esa declaración con el caso planteado; es un clarísimo *obiter dictum*, y por ello no contiene doctrina legal, ni tampoco puede la Dirección General de los Registros y del Notariado dictar «dis-

posiciones normativas» como parece prever ese «Considerando». O sea que no puede ser tomado en consideración por el intérprete.

Pero es que, además, aun suponiendo por mera dialéctica que se admitiera la confusión entre «doctrina» (*ratio decidendi*) y *obiter dictum*, y se entendiera que también es *ratio decidendi* ese párrafo, nada significa tampoco respecto al caso ahora planteado en el presente recurso, por lo siguiente:

a) En primer lugar, la resolución alude a un especial procedimiento de cálculo que ella cree obtener del Reglamento Hipotecario (sin que de él resulte nada de ello), pero que en todo caso nada tiene que ver con el pacto ahora contemplado. Es totalmente diferente. La resolución se refiere a la capitalización del interés legal más un 50 por 100, y en la presente escritura se alude a otro sistema, el de que la «renta no cubra las cuotas y pagos que ha de efectuar el prestatario».

b) Por ello mismo, esa referencia a «cuotas y pagos» en el presente caso es totalmente indeterminada, pues, según hemos visto, el prestamista pretende que el prestatario sufra una serie de pagos (gastos de escrituras, impuestos, contribuciones, comisiones, seguros, etc.) que nada tienen que ver con las cuotas de amortización del préstamo hipotecario, indeterminación que no se da en el caso de la resolución, pues en ese *obiter dictum* la resolución no sólo se refiere al interés legal más un 50 por 100, sino que alude a la «responsabilidad total asegurada», concepto éste que en el presente caso no se utiliza, pues se alude a «cuotas y pagos», lo que deja al prestatario y a los terceros en una total inseguridad y además en peor lugar que en el supuesto de la resolución, que sólo se refiere a «responsabilidad asegurada con la hipoteca» y no a «otros pagos» como pretende el prestamista en la presente escritura. Esto coloca al hipotecante en peor condición a efectos de concertar un arriendo, pues le cierra el mercado a una serie de contratos de arriendo que si no fuera por tener que cubrir esos pagos adicionales podría realizar teniendo en cuenta sólo los pagos de obligaciones garantizadas con la hipoteca.

c) En tercer lugar, la resolución se refiere a un supuesto anterior al año 1985 —anterior a la reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos—. En cambio, en el presente caso, se trata de actos posteriores a la reforma de la ley arrendaticia (la escritura objeto de recurso es del año 1986), lo que significa que ya no existe la prórroga forzosa ni el peligro de arrendamientos a larguísimo plazo —indefinidos— con renta congelada, pues ahora ha de estarse como regla al plazo pactado. Ya hemos visto que la resolución contiene esa frase que revela que su *obiter dictum* lo hace por la preocupación de la prórroga forzosa y reconoce que

el pacto de no arrendar ahora «tendrá menos justificación al suceder en la legalidad vigente que no todos los arrendamientos urbanos están sujetos a prórroga legal».

d) En cuarto lugar, es totalmente improcedente tratar de fijar la renta arrendaticia, que es un problema de «mercado arrendaticio» con unos baremos referidos a la «responsabilidad hipotecaria», que nada tienen que ver con dicha renta, pues entonces se hace depender la libertad contractual arrendaticia de unos pactos de responsabilidad hipotecaria que son oscilantes, pues todo dependerá de si el préstamo es alto o bajo, a medio o a largo plazo, quedando todo en manos del acreedor hipotecario en supuestos en que las cuotas de amortización (más todos esos pagos adicionales) superen el precio normal de mercado de alquileres. Ello es tanto como impedir la libertad contractual de dar a la finca el uso que le corresponda y percibir frutos civiles a través del arrendamiento con el que poder pagar la hipoteca, por ejemplo. Imagínense, además, arrendamientos a corto plazo o por temporada, que en nada van a afectar al acreedor hipotecario y, sin embargo, al no distinguir el presente pacto, provocarían el vencimiento anticipado.

e) En quinto lugar, si existiera algún abuso por parte del dueño, esto se resuelve por el artículo 219, 2.º, del Reglamento Hipotecario, que da una solución que no puede ser obviada a través de pactos, ya que el artículo 219, 2.º, prevé que se ejercite acción de devastación, siendo el Juez de Primera Instancia, por el procedimiento de los incidentes del artículo 117 de la Ley Hipotecaria, el único competente para decidir qué es lo procedente en casos de arrendamientos concertados a bajo precio en perjuicio del acreedor hipotecario. Así, el artículo 219, 2.º, dice: «El Juez, a instancia de parte, *podrá declarar vencido el crédito, decretar la administración judicial, ordenar la ampliación de la hipoteca a otros bienes del deudor o adoptar cualquier otra medida que estime procedente.*» Esto significa que, al enfocarlo el legislador como un problema de «acción de devastación», no cabe el pacto, pues es el Juez el que ha de decidir lo procedente según las circunstancias del caso, sin que quepa acudir al vencimiento automático del préstamo como supuesto necesario, sin dar posibilidad al Juez de que decida en el procedimiento de los incidentes de la acción de devastación.

Por tanto, el pacto de no arrendar que contempla la presente escritura no es inscribible, conforme a reiterada jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado confirmada por la existencia del artículo 219, 2.º, del Reglamento Hipotecario, que señala vía distinta para los casos de abuso por parte del prestatario, sin que la entidad crediticia se pueda tomar la justicia por su mano, obviando el pro-

cedimiento judicial del 117 de la Ley Hipotecaria. Con ello se infringiría, además, de forma rotunda el artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores, pues se otorga a una de las partes la «facultad de resolver discrecionalmente el contrato» (art. 10, 1, c, 2.º), en lugar de decidir el Juez si es suficiente la situación producida para decretar el vencimiento anticipado, ya que la Ley Hipotecaria y su Reglamento permiten tomar otras medidas alternativas, según los casos.

G) *Cláusula quinta. Imputación de pagos y cuenta especial.*—La nota de despacho señala que no han sido inscritos los números 5.2, 5.3 y 5.4 de dicha cláusula QUINTA.

La razón fundamental es que los citados números 5.2, 5.3 y 5.4 se refieren a aspectos personales, que no pueden ser inscritos y además se *mezclan conceptos en la imputación de pagos*, ya que se señala un orden y se alude a «*comisiones, gastos u otros conceptos*», que no han sido objeto de inscripción, según se ha dicho anteriormente en el apartado C), por lo que es imposible que el Registrador entresaque conceptos inscribibles que aparecen entremezclados con los no inscribibles, como son los intereses de demora, comisiones, gastos, impuestos.

Por la misma razón, la referencia a la cuenta especial en el número 5.4 queda como un pacto personal del préstamo, pero improcedente, a efectos de hipoteca, pues en esa cuenta se incluyen conceptos de comisiones, gastos, intereses de demora que no han sido objeto de inscripción, según se ha razonado anteriormente, por lo que inscribirlo significaría una contradicción con el razonamiento que se ha hecho sobre esos conceptos no inscribibles. Aparte de todo ello, el sistema de certificación de la cuenta sólo es admisible en la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, en que la Ley Hipotecaria en el artículo 153 prevé un sistema de notificación para que el deudor pueda alegar error o falsedad, cosa que no es procedente en este caso, pues no se ha pactado una hipoteca en garantía de cuentas corrientes, ni se ha previsto tal procedimiento de notificación para alegación de error o falsedad de la certificación bancaria.

H) *Causas de vencimiento anticipado. Motivos comunes a todas las causas.*—En la nota al pie del título se dice que no se han inscrito la «totalidad» de los apartados c), d), e), f), g) y párrafo 8.2 de la estipulación octava y referencia a obligaciones no inscribibles en los apartados a) y b) de dicha estipulación octava.

Motivo común para la no inscripción de todos esos apartados es, como se dijo al principio del apartado III de este informe, que nada tienen que ver con el derecho real de hipoteca, sino únicamente con el

contrato obligacional de préstamo mutuo, es decir, que se trata de obligaciones meramente personales de las partes que no pueden afectar a terceros, porque no son pactos de trascendencia real inmobiliaria.

El recurrente no tiene en cuenta la distinción entre pactos personales y pactos reales, que es la distinción básica en Derecho hipotecario, y que responde a la naturaleza de las cosas y a los preceptos legales vigentes.

En cuanto a preceptos legales, están los ya citados artículos 1.º, 2.º, 27 y 98, etc., de la Ley Hipotecaria, y artículos 9.º, 51, 6.ª; 353, 3, del Reglamento Hipotecario.

En cuanto a la naturaleza de las cosas, el derecho personal, por definición, sólo puede afectar a las partes contratantes y a sus herederos, y así lo define el artículo 1.257 del Código Civil. Cualquier pacto en el contrato tendría efecto obligacional, por lo que si se pretendiese por pacto que tuviera efectos reales (contra la naturaleza de las cosas) ese pacto, señalando efectos reales a lo que por definición no lo tiene, tendría, por imperativo del artículo 1.257, «efectos personales», por lo que tampoco podría conseguir el efecto deseado. Cosa perfectamente lógica, porque la distinción entre el derecho personal y el obligacional no depende exclusivamente de la voluntad de las partes, sino de la naturaleza de la situación jurídica. Por eso, la doctrina y jurisprudencia, aun admitiendo la posibilidad de nuevos derechos reales, exigen, como requisitos, que se puedan producir en la nueva figura creada los elementos de todo derecho real y el cumplimiento del principio de especialidad. No hay posibilidad de «conversión» del efecto personal en real por el puro mecanismo de la voluntad de dos partes contratantes, porque los efectos reales los asigna el legislador, sin perjuicio de que el legislador los pueda asignar a aquellas figuras creadas por las partes que tengan los requisitos objetivos de un derecho real, pero no a lo que no tiene requisitos de un derecho real, ni son derechos reales, sino pactos personales de un contrato que se pretende provoquen un vencimiento anticipado, y que conforme al artículo 51, 6.ª, del Reglamento Hipotecario son **PACTOS CARENTES DE TRASCENDENCIA REAL INMOBILIARIA**.

Por ello, el mero hecho de pactar entre dos partes un «vencimiento anticipado» no significa que tenga «efecto real» a efectos de hipoteca respecto a terceros. Lo que tiene efecto real es el incumplimiento de la obligación garantizada, que es la devolución del préstamo y el pago de los intereses. Las obligaciones no garantizadas con hipoteca no pueden provocar respecto a «tercero» ningún vencimiento, porque no han sido cubiertas por el derecho real de hipoteca.

Es más, pretender que, por el mero pacto de «vencimiento anticipado», lo personal se convierta en real con eficacia *erga omnes* supone

desvirtuar la ley —fraude de ley—, puesto que lo que no puede conseguirse directamente (dar efecto real a lo obligacional si no es por la garantía expresa de hipoteca de obligación futura) se quiere conseguir en contra de la ley (que impide inscribir pactos obligacionales) con el pacto de vencimiento anticipado, que, además, no tiene ninguna base legal, pues no hay ningún precepto que diga que si se pacta el vencimiento anticipado tiene efecto real.

La propia Dirección General de los Registros y del Notariado ha advertido reiteradamente que no por pactar el vencimiento anticipado de la obligación se puede obtener la inscripción de pactos que prohíben disponer o que limitan la facultad dispositiva del dueño. La razón es la misma que aquí se mantiene: se trata de pactos personales, que no pueden inscribirse por el mero hecho de pactarse el vencimiento del crédito. Otra cosa hubiera sido un fraude de ley, ir contra los preceptos legales y además contra la naturaleza de la distinción entre lo obligacional y lo real. En ese sentido son muy importantes las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de noviembre de 1960 y 4 de noviembre de 1968, entre otras.

Además, el pacto de vencimiento anticipado sólo puede tener efectos meramente personales, pues se trata de obligaciones que no son las garantizadas directamente con la hipoteca. Si se pacta el vencimiento anticipado por falta de pago de las cuotas de amortización del capital o de los intereses en el plazo convenido, el pacto es admisible, pues, en tal caso, el pacto de vencimiento anticipado está relacionado con la obligación garantizada con la hipoteca, que por ello le da efectos reales. Pero no es por el hecho del «vencimiento anticipado», sino porque la hipoteca que se constituye para garantizar esa obligación tiene efectos reales y está garantizando esa obligación.

En cambio, si otras obligaciones futuras, no garantizadas con hipoteca por obligaciones futuras, se pacta que provoquen el vencimiento anticipado de las otras obligaciones garantizadas con hipoteca, se está subvirtiendo todo el orden de conceptos, confundiendo lo obligacional con lo real y confundiendo el préstamo mutuo con el derecho real de hipoteca, los efectos de uno y otro y las obligaciones garantizadas con hipoteca y las no garantizadas.

El incumplimiento de obligaciones no garantizadas con la hipoteca podría garantizarse con hipoteca, señalando un máximo indemnizatorio por tal incumplimiento (art. 142 LH). Pero nada de esto se hace en la escritura. Ello significa que al no haberse seguido la vía adecuada el incumplimiento de tales obligaciones lo único que permite es la posibilidad de exigir entre las partes el cumplimiento o la indemnización de daños

y perjuicios por el incumplimiento, a través de la acción rescisoria del artículo 1.124 del Código Civil, que no tiene efectos respecto a terceros, salvo que se obtuviera anotación de demanda, y aun entonces, y no ahora.

Pero es que hay todavía más. Es muy probable que, aun ejercitando la acción rescisoria del artículo 1.124 del Código Civil ante los Tribunales, sin efectos respecto a terceros, y por ello sólo con efecto entre partes (cumplimiento de la obligación e indemnización de perjuicios), los Tribunales podrían plantear problemas, ya que dependería de si en el juicio las ha considerado como obligaciones propiamente dichas o más bien «modos» en contratos onerosos, que serían entonces nulos.

Aquí ya se entra en otra posibilidad. La calificación registral no se pronuncia: señala simplemente la no inscripción, y si se pregunta, se alude a los efectos personales del pacto. Pero si se quiere obtener una visión completa de las razones de no inscripción, entonces aparecen todos los inconvenientes de esas obligaciones, aparte de su efecto personal. Son razones a mayor abundamiento.

Uno de esos inconvenientes es que pueden incidir en la Ley de Defensa de los Consumidores, según se dijo antes, puesto que no responden a ninguna contraprestación efectiva de la parte fuerte, ya que se acumulan al contrato, amontonando obligaciones sin causa, puesto que la causa es la contraprestación, entrega del préstamo y pago de intereses. Todo ese cúmulo de obligaciones responde a un efectivo abuso de la parte que utiliza condiciones generales de la contratación, y ello lo denuncia el artículo 10 de la Ley de Consumidores, que exige tener por no puestas esas cláusulas, que se aparten de la «causa del contrato».

Pero otro inconveniente es que, en el fondo, no constituyen propiamente obligaciones con contraprestación, sino auténticas cláusulas «modales» que al pactarse en contratos onerosos (préstamo hipotecario), según se ha dicho antes, son nulas e ilícitas, pues el «modo» es una figura que sólo cabe en los contratos gratuitos (donación modal), en que hay un enriquecimiento del donatario; o en aquellos contratos onerosos en que hay subvenciones por parte de organismos oficiales, en que, dada la ventaja que para la otra parte representa la subvención, la ley permite en tal caso que se pacte alguna limitación, y aun así sería meramente obligacional.

En cambio, en los contratos onerosos propiamente dichos, no cabe una cláusula modal, siendo ilícita y nula, no sólo por la Ley de Defensa de los Consumidores, sino conceptualmente por Derecho civil puro, por no responder a una causa ni a una contraprestación, sino a un enriquecimiento injusto y a un abuso de derecho.

De las cláusulas «modales» se ha ocupado con gran profundidad MARÍA PURIFICACIÓN GARCÍA HERGUEDAS, Registradora de la Propiedad de Badalona, en un estudio que ha aportado al reciente Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Río de Janeiro los días 12 de mayo y siguientes de este año 1987, titulado «Contrato condicional. Contrato sinalagmático. Pactos rescisorios, pacto resolutorio, pactos modales. Pacto *ius on sale*. Cláusula penal. Examen de los diferentes supuestos, requisitos y régimen en el Derecho civil y repercusiones hipotecarias en compraventa y crédito hipotecario».

Merece la pena transcribir algunos párrafos de la autora de ese trabajo en relación con estas abusivas cláusulas modales de contratos onerosos:

«El modo sólo se admite en la donación y en el ámbito de sucesiones, es decir, en los contratos a 'título gratuito'. Supone gravar al adquirente con una obligación o una carga, convirtiendo así lo que es un acto a 'título gratuito' en un acto más o menos 'oneroso' para el donatario, el heredero o el legatario. Por eso, aunque producen 'obligación' y en caso de no cumplirse el donante o los herederos del testador pueden solicitar la devolución de lo recibido por donación, herencia o legado, esta 'obligación' tiene como límite el valor de lo recibido. A lo más a que puede llegar el donatario es a quedar igual que estaba, pero no empobrecer su patrimonio.»

«En los contratos 'onerosos' la onerosidad consiste en una prestación a cambio de otra; por lo tanto, en las obligaciones que una parte asume a cambio de las que la otra asume. Más allá de las prestaciones obligadas por el contrato no hay obligación.»

«En los contratos 'onerosos' no puede haber 'modo', porque o hay una obligación de prestar una cosa ligada a la onerosidad o esa obligación estaría fuera del contrato.»

«El 'modo' supondría la obligación de cumplir lo que no es una obligación contractual. Y por ello carece de fuente y de causa.»

«En las cláusulas generales de la contratación se observa la tendencia a introducir seudoobligaciones modales, es decir, que no puede exigirse su cumplimiento contractual, porque no están en las obligaciones del contrato. Pero se pretende que tengan eficacia para que una parte, la interesada no contractualmente, sino en función de otras finalidades, pueda romper el contrato. Se produce el absurdo de pretender que exista una facultad rescisoria contractual por incumplimiento de lo no debido. Esto es el supuesto de la cláusula *ius on sale*, y de todas las cláusulas 'amenazas de rescisión' por hechos o actos de una parte cuyo contenido

no es la prestación contractual. Mediante ellas una parte pretende conseguir a costa de la otra un «plus» económico o un poder sobre su persona, su patrimonio, una cosa determinada o influir en los actos que están en la esfera de su libertad.»

«Se observan, cada vez con más frecuencia, en las compraventas y otros contratos onerosos cláusulas en virtud de las cuales el comprador, el prestatario, etc., además de pagar el precio, los intereses y demás prestaciones del contrato están obligados a multitud de acciones u omisiones que nada tienen que ver con el contrato, y que más bien se refieren a la libertad de decisión en su trabajo, en otros contratos, en el destino de lo adquirido o en el empleo, residencia, etc. Son auténticas cláusulas 'modales' fuera de contrato e incompatibles con el contrato oneroso.»

«La piedra de toque para distinguir estas pseudoobligaciones es que no tienen equivalente económico. Toda prestación ha de tener un valor, y si la prestación se incumple se fija su valor en equivalente económico, pero si resulta que ese equivalente es cero, es que esa prestación es cero. O lo que es lo mismo: no es prestación, es un sofisma.»

«Estas pseudoobligaciones son contrarias a la conmutatividad, son un plus de beneficio. Y así como en los contratos gratuitos se admite el 'modo' porque el donatario no se empobrece y hasta el límite de lo donado, en los contratos con relación de equivalencia, donde este límite ya está en las prestaciones, el 'modo' es ilícito, porque supone el salto al enriquecimiento injusto. Así con este nombre queda mucho más clara su naturaleza y finalidad, negándoles todo intento de denominación obligacional.»

«Sin embargo, estos sofismas encubridores de enriquecimientos injustos, que pretenden legitimarse mediante nominarlos obligaciones, sin que lo sean, nunca acuden a la acción de cumplimiento que pondría de manifiesto su vacío. Acuden indirectamente a la amenaza de la rescisión. No sólo a la parte contratante, sino que pretenden extenderlo a los adquirentes, produciendo un intento de subversión social que tiene grandes analogías con las formas y técnicas del feudalismo en su sentido decadente.»

1) *Las causas de vencimiento anticipado de la estipulación octava en particular.*—Respecto a la estipulación OCTAVA, 8.1, la inscripción se ha practicado en cuanto a los apartados a) y b) sólo respecto a aquellas obligaciones pactadas de la escritura que son objeto de inscripción, es decir, las garantizadas con la hipoteca (devolución del préstamo, en la cuantía y plazos convenidos y pago de los intereses en el plazo estipulado y tipo del 14 por 100 anual).

En cambio, *no se han inscrito tales apartados a) y b) respecto a las demás obligaciones pactadas* en la escritura que no han sido objeto de inscripción, pues hubiera sido tanto como eludir la ley, no admitir su inscripción conforme a los argumentos ya expuestos anteriormente y, sin embargo, permitir su acceso a través de esta cláusula de vencimiento anticipado general, que, como se ha dicho, es de efectos personales en cuanto a esas obligaciones no inscribibles.

Por lo que se refiere al apartado c) del número 8.1, se trata igualmente de un pacto de efectos personales, que además es totalmente contradictorio con el derecho real de la hipoteca y que nada tiene que ver con él.

Así, en cuanto a la «disminución o riesgo de insolvencia», es un problema de carácter personal del prestatario que en nada afecta a la hipoteca, que al recaer sobre la finca prescinde de las vicisitudes personales del deudor y de su riesgo o no de insolvencia. Va, en definitiva, en contra del artículo 104 y del concepto de hipoteca como derecho que sujeta los bienes, cualquiera que sea la persona del deudor, y por ello, prescindiendo de las «vicisitudes meramente personales», que en nada interesan ni afectan al derecho real de hipoteca. En cuanto al embargo, también mencionado en el apartado c) del número 8.1, tampoco afecta a la hipoteca ya constituida, puesto que en virtud del principio hipotecario de prioridad el título primeramente inscrito prevalece sobre el posterior. O sea que un embargo posterior no afecta a una hipoteca anterior. El principio fundamental del sistema hipotecario de subsistencia de las cargas anteriores determina que una anotación de embargo no puede perjudicar a la hipoteca anterior, y por ello es totalmente indiferente al acreedor hipotecario que exista o no un embargo; y, en consecuencia, pactar el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario por razón de un embargo representa un «abuso de derecho», pues es pretender ejercer un derecho (el del vencimiento anticipado) sin razón jurídica suficiente. En cambio, con ese ejercicio abusivo, se pone en peor condición de lo que todavía podría estar al deudor, que ve embargados sus bienes, sin que exista ningún perjuicio para el acreedor hipotecario, según se ha dicho. La jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado es, por ello, muy reiterada, en el sentido de que no es inscribible el pacto que señala que un gravamen de finca hipotecada precipita el vencimiento de la obligación (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25-XI-1935, 16-VI-1936 y 4-XI-1968). Dentro del gravamen se incluye, naturalmente, el embargo. Aparte de ello, el pacto vulnera los artículos 131 y 133 de la Ley Hipotecaria, que son de derecho necesario, y que establecen el principio de subsistencia

de cargas anteriores al no afectar a la hipoteca anterior la ejecución derivada de un embargo posterior. El abuso de derecho sube de punto si se tiene en cuenta que el pacto de la escritura no sólo se refiere al embargo de la finca hipotecada —lo cual de por sí ya es suficiente para rechazarlo—, sino que se refiere al embargo de «cualquiera de los bienes del deudor», con lo que la situación de abuso de derecho es todavía mayor, pues ello en nada afecta al acreedor hipotecario, que tiene ya garantizado con la hipoteca su crédito. En cualquier caso, es un problema ajeno a la inscripción de la hipoteca y demuestra que es un aspecto personal, al igual que los demás no inscritos, que sólo hace referencia al préstamo y no a la hipoteca.

En cuanto a la solicitud del concurso de acreedores o de convenio judicial o extrajudicial que suponga quita o espera, también contenidas en el apartado c) del número 8.1, es muy clara la no inscripción de este pacto, conforme a la Resolución de 27 de enero de 1986 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que el propio recurrente cita y reconoce que es así, asintiendo en este punto a lo que dice la resolución. Por eso no hay problema en este punto.

En cuanto a «cualquier otra acción judicial o extrajudicial que haga desmerecer la solvencia del prestatario» contenida en el repetido apartado c) del número 8.1, es una reiteración de lo ya dicho anteriormente, sobre aspectos meramente personales, que no afectan al derecho real de la hipoteca.

En cuanto a la referencia indeterminada en ese apartado c) a «cualquier otra circunstancia que, de acuerdo con la ley, determine la pérdida del derecho al plazo para el deudor», aparte la indeterminación que esto supone, resulta innecesaria, pues la ley es aplicable directamente sin necesidad de pacto. Pero es que, además, puede implicar una vulneración de la ley, según se mire, pues hay supuestos en que la ley prevé el vencimiento anticipado *sólo por lo que se refiere a la relación entre partes, sin que ello pueda afectar a terceros ajenos al contrato*, salvo que haya una garantía real como la hipoteca, y en este caso por ese portillo indeterminado podría pretenderse dar efecto real a lo que según la ley es de efectos personales, con lo que se incidiría una vez más en el error repetidamente denunciado en el presente informe. Pero, en todo caso, se trata de un pacto indeterminado y hasta innecesario, según se mire, o en contra de la propia ley.

TAMPOCO SE HA INSCRITO, POR NO SER INSCRIBIBLE, el apartado d) de la cláusula 8.1, que se refiere a la «no inscripción de la escritura en el Registro de la Propiedad, cualquiera que sea la causa de la no inscripción, en el plazo de tres meses a partir del presente otorga-

miento». Por tres razones: 1.^a Porque la escritura de préstamo hipotecario ha sido inscrita dentro del plazo de tres meses, con lo que si tuviera acceso la cláusula se podría crear en los terceros la duda o confusión acerca del sentido de dicha cláusula, al no precisarse si se refiere a la no inscripción «total o parcial». 2.^a En segundo lugar, y aun referido el supuesto a la inscripción parcial del documento, porque la calificación registral es un acto totalmente independiente, realizado por el Registrador, y resultaría improcedente tratar de obtener de dicho acto, por vía de pacto, consecuencias perjudiciales para una de las partes, e incluso para terceros, lo que podría plantear que se está mediatizando la independencia de la calificación registral, salvo que quede como un problema entre partes sin acceso al Registro. 3.^a En tercer lugar, porque, sea de ello lo que fuere, resulta que tal apartado no es inscribible desde el momento en que «se solicita y obtiene la inscripción», pues, en otro caso, sería una inscripción que, *desde el mismo momento en que se produce*, nacería ya con la eventualidad de que en cualquier momento se pueda producir el vencimiento de la hipoteca, lo que va en contra de la fijeza de los asientos registrales, cuyos efectos son de orden público y no pueden quedar al arbitrio del acreedor. En otro caso el acreedor en cualquier momento (al día siguiente de la inscripción) podría alegar vencimiento anticipado, a pesar de haber solicitado y obtenido la inscripción y a pesar de haber pactado en la escritura la conformidad con la inscripción parcial del documento (cláusula decimocuarta). Daría lugar a un contrasentido y a un nuevo supuesto de abuso de derecho.

TAMPOCO SE HA INSCRITO el apartado e) de dicha estipulación 8.1, que se refiere a la causa de vencimiento anticipado consistente en la «existencia registral de cargas o derechos de cualquier clase con rango preferente al de la hipoteca que se constituye en esta escritura», por tratarse de un pacto de efectos meramente personales y, en todo caso, referentes al préstamo y no al derecho real de hipoteca.

En relación con la exclusión de este pacto ha de tenerse en cuenta lo siguiente:

1.º Que si se inscribiera se podría provocar el vencimiento anticipado del crédito hipotecario en el momento mismo de la inscripción o en cualquier tiempo posterior, ya que existen *siempre* una serie de «afecciones fiscales consignadas por nota marginal» con anterioridad a la inscripción de hipoteca, pues se refieren a inscripciones de compraventa anteriores. En el presente caso, examinado el Registro por este Registrador, antes de la inscripción de la hipoteca, se observó que existían afectaciones de plusvalía y autoliquidación del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, e incluso una afección por liquidación caucional por vivien-

das de protección oficial, respecto a las cuales carece de toda justificación que opere el pacto de la escritura, puesto que el Registro de la Propiedad es público y podrían ser perfectamente conocidas por las partes. Pero menos justificación tendría inscribirlo, cuando puede dar lugar al vencimiento anticipado de la hipoteca en el momento mismo de la inscripción y por una causa conocida o que debían conocer las partes, antes de inscribir.

2.º Que, prescindiendo de la existencia de afecciones fiscales relativas a asientos anteriores, la propia inscripción de hipoteca lleva consigo la constancia de la afección al pago de la autoliquidación por la escritura de hipoteca por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, que es una carga también preferente a la hipoteca, y no por ello se va a producir el vencimiento anticipado de la hipoteca. Como el pacto alude a la «existencia registral de cargas o derechos de cualquier clase con rango preferente», la inscripción de tal pacto llevaría al absurdo de incluir esa afección, con el consiguiente vencimiento anticipado de la hipoteca en el mismo momento de la inscripción.

3.º Que por las dos razones anteriormente expuestas deja totalmente en manos del acreedor hipotecario el provocar el vencimiento anticipado del crédito hipotecario en cualquier momento, discrecionalidad que va contra lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores antes desarrollada.

4.º Que con el presente pacto, si se inscribiera, se vulnerarían principios hipotecarios, y concretamente el principio de prioridad registral, que exige atender al orden de presentación de los títulos en el Registro, sin que pueda mediatizarse ese principio con pactos que lo limiten o desvirtúen. El principio de prioridad exige que los titulares de derechos reales tengan una mínima diligencia en la presentación de los títulos para conseguir la prioridad. El pacto de la presente escritura pretende sustituir la «diligencia en la prioridad de presentación» por el sucedáneo de provocar un «vencimiento anticipado de la hipoteca», lo que no puede tener efectos registrales, por ir en contra el fundamento del principio de prioridad y por atenuar la necesidad de la pronta presentación de los títulos para evitar precisamente la anteposición de otro título. El pacto puede operar con efectos personales entre partes y respecto al préstamo, pero no respecto a terceros ni respecto al derecho real de la hipoteca.

5.º Porque en el supuesto de que se interpretara que las partes no han querido referirse a las afecciones fiscales, entonces es totalmente inoperante el pacto en el presente caso, pues, examinado el Registro, no existen otras cargas anteriores, por lo que, fuera de esos supuestos —en los que ya se ha dicho que serían absurdas las consecuencias del pacto—,

resulta totalmente innecesaria la inscripción al no darse el supuesto previsto en el mismo.

6.º Porque en el supuesto similar del saneamiento por vicios o gravámenes ocultos, previsto en el artículo 1.483 del Código Civil, respecto al contrato de compraventa, es evidente que se trata de «acciones personales» entre vendedor y comprador, que no tienen acceso al Registro si no es a través de la anotación de demanda.

7.º Porque al ser «público» el Registro (arts. 607 CC y 221 LH), tampoco tendría fundamento aplicar el pacto como un «suceso pasado a la inscripción de hipoteca» *ignorado* por los interesados (art. 1.113 CC), pues lo procedente es examinar el Registro, máxime respecto a afecciones anteriores al otorgamiento mismo de la escritura.

8.º Porque la única justificación del pacto es para el período intermedio entre el otorgamiento de la escritura de hipoteca y la inscripción del derecho real de hipoteca, pero en el presente caso ya se ha dicho que no existe ninguna carga intermedia, y, en todo caso, el efecto del pacto sería personal entre partes y referido únicamente al préstamo y no a la hipoteca, pues sería una acción a ejercitar prescindiendo de la inscripción. Pero una vez «solicitada y obtenida» la inscripción de hipoteca, no puede figurar en el Registro una causa de vencimiento anticipado que podría operar en el momento mismo de la inscripción contra la firmeza de los asientos registrales, que no pueden quedar al arbitrio de las partes, por ser de «orden público» inmobiliario la eficacia de los asientos.

TAMPOCO SE HA INSCRITO el apartado f) del número 8.1, relativo al incendio o deterioro en la cuarta parte de la finca hipotecada. Se alude en la escritura a «por cualquier causa dependiente o no de la voluntad del dueño». Esto es inadmisibile, a efectos de la hipoteca.

En primer lugar, respecto a los casos de «culpa o dolo» del dueño, ya existe la vía de la acción de devastación del artículo 117 de la Ley Hipotecaria, en que, por el procedimiento de los incidentes, decide el Juez de Primera Instancia lo procedente, atendiendo a las circunstancias del caso. Esta decisión corresponde exclusivamente al Juez por declaración de la ley, y no puede sustituirse por el vencimiento automático y anticipado del crédito hipotecario, en todo caso. La intervención del Juez está justificada, puesto que quizá se trate de un caso en que, a pesar del deterioro o del incendio, la finca cubriese con su valor la parte del préstamo pendiente de devolver. Obsérvese que en el «incendio» no se alude al límite de la cuarta parte, con lo que bastaría «cualquier incendio», aunque su efecto hubiese sido mínimo. Y por lo que se refiere al «deterioro en la cuarta parte del valor» de la finca, se trata de una previsión que, aplicada a todos los casos, puede resultar injustificada, pues

aunque se deteriorase la finca en más de la cuarta parte del valor, si el valor restante fuese suficiente para cubrir la responsabilidad hipotecaria, no se ve por qué se va a producir el vencimiento anticipado. Por eso lo procedente es la acción de devastación, si el acreedor cree que quedan perjudicados sus derechos.

En cuanto al «caso fortuito», el artículo 117 de la Ley Hipotecaria no lo comprende, lo que revela que no ha considerado justificado que en relación con terceros se plantee la acción de devastación. Pero si esto es así, tampoco debería afectar a los terceros el pacto de vencimiento del crédito en caso fortuito. Bien está que se admita la validez del «pacto personal del vencimiento del préstamo» por ese caso fortuito entre partes (art. 1.105 CC), pero otra cosa diferente es tratar de darle efectos respecto a terceros a través de la inscripción como pacto de la hipoteca, pues el criterio del legislador es claro examinando el artículo 117 de la Ley Hipotecaria, que es la ley aplicable al derecho real de hipoteca. En cualquier caso, la referencia a la «cuarta parte del valor» también sería indiscriminada aplicada al caso fortuito, pues si queda suficiente valor para cubrir las responsabilidades, representa un claro abuso de derecho provocar el vencimiento anticipado del crédito hipotecario.

En cuanto a la EXPROPIACION FORZOSA, a que se refiere también el apartado f), es improcedente el pacto, pues se trata de un supuesto ya regulado por el artículo 110, 2.º, de la Ley Hipotecaria y artículo 8.º del Reglamento de Expropiación Forzosa, que dicen claramente lo que ha de hacerse en casos de expropiación forzosa, por lo que el pacto, aparte de ser innecesario, podría dar lugar a confusionismo respecto a la regulación que la ley determina en estos casos. Respecto al artículo 8.º del Reglamento de Expropiación Forzosa, se prevé que al expropiarse la finca como libre de cargas la Administración expropiante, en el momento de pagar el justiprecio, lo distribuya entre el dueño y el acreedor hipotecario, si existe acuerdo entre ellos. Y si no existe acuerdo sobre tal distribución (art. 8.º, 2) o si alguno no comparece (art. 51, 1, a), la Administración lo consigna en la Caja General de Depósitos. Lo que es inadmisibile es, en vista de la expropiación, provocar un vencimiento anticipado de crédito para cobrar primero el acreedor hipotecario con la venta forzosa de la finca, que podría, además, dar lugar a confusionismos y a retrasar incluso la expropiación o a provocar juicios y ejecuciones inútiles, con el consiguiente retraso y molestias en contra del procedimiento previsto en estos casos. Va en contra del efecto de la expropiación forzosa, que es la expropiación de todos los derechos y no provocar un vencimiento anticipado de algún derecho, con evidente perjuicio del deudor, sobre el que se hace recaer un justiprecio que ha de dis-

tribuirse entre ambos titulares de derechos sobre la finca, y no cargar la desvalorización de toda expropiación en el dueño exclusivamente.

Va también en contra del artículo 110, 2.º, de la Ley Hipotecaria, que prevé la figura de la subrogación real del justiprecio de la expropiación de la hipoteca. Esta, al pasar de garantía inmobiliaria a garantía mobiliaria (sobre el crédito), se extingue como tal hipoteca, pero el crédito en principio no vence, según estableció la Exposición de motivos de la Ley de 1861, que configuró el supuesto como una especie de prenda del crédito. Según el artículo 110, 2.º, de la Ley Hipotecaria el precio se consigna si «no hay acuerdo». Ese «acuerdo» del artículo 110, 2.º, de la Ley Hipotecaria, tal como está redactado el precepto, no es «un pacto previo establecido en la escritura de hipoteca fuera de contexto de la expropiación».

Por tanto, en caso de expropiación no procede el vencimiento anticipado, por pacto, sino el efecto expropiatorio de la finca con pago del justiprecio a los titulares en la forma que la ley señala (arts. 8.º RH, 51, 1, a, del propio Reglamento y 110, 2, LH).

EN CUANTO A LA POLIZA DEL SEGURO, a que se refiere el apartado g) del número 8.1, es igualmente pacto personal que no afecta a tercero por ser una mera obligación del prestatario, según se indicó anteriormente.

VENCIMIENTO ANTICIPADO POR ALTERACIONES ECONOMICAS A QUE SE REFIERE EL número 8.2. Se trata de un apartado que no es inscribible por lo siguiente:

1.º Porque es contrario al orden público económico. Así, las normas sobre nuevos requisitos de coeficientes, depósitos obligatorios, etc., que establezca el Gobierno se deben a motivos concretos políticos y económicos, y no puede pretenderse que incidan en la economía general del país a base de repercusiones que haga por su cuenta la sociedad prestamista. Podrían producirse alteraciones respecto a las finalidades que pretende el Gobierno en cuestión sobre nuevos coeficientes o depósitos. Imagínese que en todos los préstamos de las entidades crediticias hubiera esa cláusula. Se produciría un vencimiento anticipado de todos los créditos que daría lugar a unas repercusiones generales de la sociedad y en la economía de distinta finalidad que las pretendidas por el Gobierno al señalar nuevos coeficientes o depósitos obligatorios. La incidencia en el orden público económico es muy clara, sin que a esta argumentación obste el que es una cláusula no prohibida por una determinada circular que no se ocupa de ese tema, sino de otros distintos, como pretende argumentar el recurrente. Es como si se dijera: «puede atropellarse a al-

guien porque los preceptos del Código Civil relativos a la posesión de inmuebles no lo prohíben».

2.º Porque deja la situación jurídica en una indeterminación total respecto a los sucesivos adquirentes o terceros. Si se inscribiera, se limitaría al tráfico del inmueble (contra el principio que inspira el sistema inmobiliario y el art. 27 LH), ya que se trata de una cláusula imprevisible para terceros que no sabrían a qué atenerse sobre las consecuencias futuras de la hipoteca. Es decir, que respecto a terceros es en todo caso inadmisibile.

3.º Porque deja en manos del Banco acreedor la facultad de dar por vencido el contrato con motivo de cualquier alteración o disposición, por mínima que fuera. Esto va contra lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil y contra el artículo 10 de la Ley de Defensa de los Consumidores, razón ésta por lo que no cabe compararla de ninguna manera con lo dispuesto en la cláusula novena.

J) *Cláusula novena, último párrafo.*—EN CUANTO AL ULTIMO PARRAFO DE LA CLAUSULA NOVENA, no es inscribible, porque se refiere a los apartados 3.3, d) y e), de la estipulación tercera, que por las razones ya expresadas anteriormente no han sido objeto de inscripción.

K) *Cláusula décima, apartado 10, 2.*—TAMPOCO SE INSCRIBE EL APARTADO 10, 2, DE LA CLAUSULA DECIMA, porque conforme a reiterada jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado se trata de un pacto limitativo de la disponibilidad de la finca.

Es el propio recurrente el que cita la Resolución de 27 de enero de 1986, dándose él mismo cuenta de que va «contra el principio de libertad de tráfico inmobiliario», que la resolución señala.

En Derecho hipotecario es de orden público inmobiliario la libertad de tráfico inmobiliario resultante del artículo 27 y del 107, 3.º, de la Ley Hipotecaria, según se ha señalado anteriormente.

Cualquier limitación en futuras ventas por parte del acreedor hipotecario afecta a ese principio, según la Dirección General de los Registros y del Notariado. El caso ahora planteado es uno más —pero más grave todavía— de los varios supuestos contemplados por la Dirección y cuya inscripción no procede.

Se pone una restricción a la venta de la finca hipotecada, puesto que con tal motivo el Banco puede imponer al adquirente la subrogación en el préstamo. Esto puede motivar que el deudor no encuentre ningún adquirente que le compre la finca. Hay que observar que con la imposición

de la «subrogación» el nuevo adquirente se convierte en «deudor» personal, respondiendo con todo su patrimonio frente al Banco (responsabilidad universal). Para el adquirente, la hipoteca opera como limitación de responsabilidad. En cambio, con la subrogación personal responde, además, con todo su patrimonio. Esto es algo que deben decidir libremente, conforme al artículo 118 de la Ley Hipotecaria, el vendedor y el comprador. Y si optan por la subrogación en la deuda personal no afectará al acreedor si no da su consentimiento. Pero éste es totalmente diferente de la «imposición» a conveniencia del acreedor hipotecario, que va contra la libertad contractual y no sólo contra la libertad de disposición.

El recurrente dice que no se limita la libertad de disposición, sino que lo único que ocurre es que se produce el vencimiento del crédito y la obligación de devolver el préstamo. Pero esto es una limitación a la facultad dispositiva, pues el deudor no venderá si se encuentra en dificultades para la devolución inmediata del préstamo. Recuérdese la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, equiparando a efectos de las limitaciones de disponer las cláusulas de prohibición de disponer y las que precipitan el vencimiento de la obligación (Resoluciones 18-XI-1960, 4-XI-1968 y 27-I-1986).

Según el Banco recurrente, «tiene una sobrada justificación la preferencia del Banco por tener por deudores a quienes estima adecuados». Pero una cosa es prestar a quien se tenga por conveniente y otra distinta es, una vez realizado el préstamo, cambiar a su voluntad a la parte deudora contra la relación jurídica existente, imponiendo la condición de deudora a persona diferente, por vía de sanción consistente en precipitar el vencimiento del crédito si no se acepta la imposición del Banco. Esto va contra todas las normas: las de Derecho civil (asunción de obligaciones), de Derecho hipotecario (libertad de tráfico) y de defensa de los consumidores (art. 10 de la repetida ley citada).

El recurrente se apoya, además, en posibilidades que dice son similares, pero que son completamente diferentes, una de ellas la de *constituir hipoteca en garantía del cumplimiento de la obligación de no vender*. Pero esta fórmula, como el recurrente reconoce, no se ha utilizado en la escritura.

La otra posibilidad es, según el escrito de recurso, «imponer al adquirente la subrogación automática en el préstamo». Pero esta posibilidad está igualmente prohibida, sin que el Banco acreedor pueda equipararse al Banco Hipotecario de España, que por razones de sobra conocidas tiene una normativa especial diferente de la de todos los Bancos y Cajas. Pretender una equiparación con el Banco Hipotecario es infrin-

gir la ley, que sólo prevé la subrogación en la deuda en caso de fincas hipotecadas a favor del Banco Hipotecario, que es la entidad oficial de crédito que desde su origen cuenta con esta normativa especial. Es como si el recurrente dijera que quiere utilizar el procedimiento de secuestro y posesión interina de la finca porque es el que utiliza el Banco Hipotecario. Pero desconoce que el Banco Hipotecario, por su naturaleza y finalidad y carácter oficial, y porque así lo dice la ley, tiene su normativa especial y diferente.

En la escritura de hipoteca objeto del presente recurso se contiene otro apartado con el número 10.2, a continuación del que con el mismo número 10.2 acaba de ser examinado, y que tampoco ha sido objeto de inscripción. Este otro apartado 10.2 se refiere a la facultad del Banco acreedor de requerir al prestatario en cualquier momento para que el saldo deudor de la cuenta especial se documente mediante letras de cambio o pagarés, aludiendo también a cancelación de la cuenta mediante abono del valor, previa deducción de intereses y comisiones. Este apartado no es inscribible, porque es de carácter «personal» u «obligacional» que no afecta a terceros y porque las «comisiones» que se mencionan no constan fijadas ni han sido objeto de inscripción, según se expresó más atrás. Tampoco lo ha sido la cuenta especial, por no tratarse de hipoteca en garantía de cuenta corriente, según se indicó anteriormente.

L) *Cláusula undécima. Apartados no inscribibles.*—*EN CUANTO A LA CLAUSULA UNDECIMA*, se han excluido de la inscripción todas aquellas referencias a otras cláusulas no inscribibles, como son los intereses de demora, los intereses variables y las causas de vencimiento anticipado no inscritas. En cuanto a la referencia a la palabra «primera» hipoteca, es una palabra que se excluye siempre de la inscripción, porque su rango ha de resultar de los asientos del Registro, según la prioridad registral, y no de un pacto escriturario.

TAMPOCO SE HA INSCRITO EL ULTIMO PARRAFO DEL APARTADO 11.2, sobre responsabilidad ilimitada personal del deudor y de quien se hubiera subrogado, pues aparte de que es una repetición de la frase inicial «sin perjuicio de la plena responsabilidad personal del prestatario en los términos del artículo 1.911 del Código Civil», que ya se ha inscrito y no procede repetir, es que se alude a la subrogación, que según se ha indicado queda excluido de la inscripción y en todo caso se refiere a «cualesquiera otras cantidades» que son ajenas a la hipoteca, y por tanto deben quedar como pacto personal impropio de la hipoteca. Es una clara manifestación de que el recurrente confunde lo meramente

obligacional —no inscribible— con lo que por tener efectos reales afecta a tercero —hipoteca.

EL APARTADO e) DE LA REFERIDA CLAUSULA UNDECIMA. Tampoco se ha inscrito porque los trámites y normas procesales son de derecho necesario y no pueden ser alteradas por pacto, conforme establece el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, por lo que ha de estarse a lo que resulte de la ley, coincida o no con lo previsto por pacto, que por ello es innecesario o improcedente.

Cláusula decimosegunda, segundas copias.—TAMPOCO SE HA INSCRITO EL ULTIMO PARRAFO DE LA CLAUSULA DECIMOSEGUNDA, por tratarse de una cuestión ajena a la inscripción, ya que es de ámbito exclusivamente notarial el problema de solicitud de segundas y posteriores copias, siendo una cuestión de mero apoderamiento que en nada afecta a la inscripción por no constituir acto inscribible (art. 2.º de la Ley Hipotecaria).

EN VIRTUD DE TODO LO EXPUESTO, el Registrador informante solicita que sea desestimado íntegramente el recurso y mantenida la nota al pie del documento, por lo siguiente:

1.º Por no ser la nota del documento una *nota de calificación* con expresión de los motivos, única contra la cual cabe recurso gubernativo (artículo 66 LH), sino una *nota de despacho* al pie del título con expresión escueta de las cláusulas no inscritas *con la conformidad del presentante* (arts. 434 y 429, 2.º, RH) y *de los interesados* (estipulación decimocuarta de la escritura).

2.º Porque, *en cuanto al fondo,* respecto al cual este Registrador solicita que se decida *a efectos de doctrina, no son inscribibles ninguna de las cláusulas que se han expresado en la nota registral de despacho,* según los argumentos que se han dado en el presente informe.

Barcelona, veintiuno de mayo de mil novecientos ochenta y siete.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
Registrador de la Propiedad de Barcelona