LUNES

CUATRO TREINTA

Revista de asuntos registrales

Año XXI - Núm. 454 - noviembre, 2008

de derecho informativa LUNES 4'30 privado y registral

LUNES 4'30

EDITADA POR REGISTRADORES DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

FUNDADOR
Enrique Colomer Sancho

COORDINADORAS GENERALES
Carmen Gómez Durá
Alicia Mª de la Rúa Navarro

COLABORADOR ESPECIAL
José Bollaín Gómez

CONSEJO DE REDACCIÓN
Maria-Emilia Adán García
Vicente Carbonell Serrano
Rafael Carbonell Serrano
Vicente Domínguez Calatayud
Guillermo Dromant Jarque
Pedro Fandos Pons
Consuelo García Pedro
Belen Gómez Valle
Marta Gozálbes y Fernández de Palencia
Susana Juste Ribes
Cristina Martínez Ruiz
Francisco Molina Balaguer
Fernando Ortega Gironés
Mercedes Ríos Peset
Ana Mª Sabater Mataix
Miguel Soria Lopez

MAQUETACIÓN
Regina Martínez Vicente

SECRETARIA
Sta. María Dolores
Plaza de la Reina nº5
46003 - Valencia
Tfno.: 96.353.27.65
FAX: 96.352.19.96
cuatrotreinta@hotmail.com

Depósito legal: V-1212-1988

sumario

Nº 455 Diciembre de 2008

CASOS 2

RESOLUCIONES 4

SENTENCIAS 16

NOS ESCRIBE:APLICACIÓN DE LA EXENCIÓN SUBJETIVA DEL ARTÍCULO 45.I.A) DEL TRLITPAJD AL CONSORCIO DE COMPENSACIÓN DE SEGUROS por **Jorge Soriano** 22

CINDER: EL CRÉDITO Y LAS HIPOTECAS: LAS CLÁUSULAS DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO por **Francisco Blasco** 25

FISCAL 63

LÓGICA 66

RESEÑA LEGISLATIVA 67

La revista Lunes 4.30 agradece y respeta los trabajos de todos sus colaboradores sin asumir las opiniones vertidas en los mismos.

CASOS PRÁCTICOS

CRISTINA MARTÍNEZ . Registradora de la Propiedad

NOTA MARGINAL DE PROHIBICIÓN DE DISPONER. CANCELACIÓN

Cuando en el Registro consta la nota marginal de prohibición de disponer derivada de la concesión de un préstamo cualificado o de la concesión de ayudas para la adquisición de la vivienda se planteó cuándo procede cancelar dicha nota marginal:

1º- Por caducidad, es decir, se considera que se trata de un supuesto de caducidad legal por lo que, transcurrido el plazo de duración de la prohibición de disponer, la nota marginal que la publica podrá cancelarse por caducidad.

2º- Por resolución administrativa en la que se indique que no consta la concesión de ayuda alguna ni conste en el Registro que se trata de un préstamo cualificado, es decir, este supuesto permite la cancelación de una nota marginal de prohibición de disponer que se practicó incorrectamente.

3º- En el caso de que se produzca la venta de la finca y se aporte una resolución administrativa de libertad de cesión, ya que la prohibición de disponer recaía sobre el titular de la finca que obtuvo ayudas para la adquisición o la financiación, por lo que si se le autoriza la venta ya no tiene sentido la subsistencia de esa nota. Otro supuesto diferente es el del derecho de tanteo y retracto a favor de la Administración en el caso de las VPO, ya que la autorización para una venta en concreto sólo permite dicha venta, pero no debe cancelarse el derecho de tanteo y retracto mientras no transcurra el plazo de vigencia de dicho derecho o se ordene expresamente su cancelación por resolución administrativa al efecto.

4º- No procede la cancelación de dicha nota marginal en el caso de que se produzca la cancelación del préstamo cualificado, ya que la cancelación de dicho préstamo es un acto puramente voluntario en el que no ha intervenido la Administración concedente de las ayudas y en consecuencia la prohibición de disponer debe seguir vigente.

5º- No procede en caso de que se aporte una resolución de descalificación, ya que se trata de supuestos diferentes.

FRAUDE FISCAL-JUSTIFICACIÓN MEDIOS DE PAGO

Se presenta una escritura en el Registro en la que se transmiten una serie de fincas de una Sociedad a otra y en cuanto al precio satisfecho, hacen constar ambas partes que se satisface mediante compensación de las aportaciones efectuadas en su día por la parte compradora a la vendedora.

Se plantea si esta manifestación es suficiente o si hay que exigir que se concrete o amplíe algo más dicha expresión para entender cumplido el requisito de la justificación del medio de pago.

En un principio los contertulios se dividieron, pero finalmente, siguiendo la doctrina fijada por la DG en esta materia en la Resolución de 26 de mayo de 2008 se acordó que esta manifestación es suficiente ya que sólo cierra el Registro la negativa a identificar dichos medios, o si no se hace referencia alguna a los mismos, o si existiera alguna contradicción en los indicados (por ejemplo, si hay varios medios de pago y la suma no coincide con el precio pagado,…).

PATIOS MANCOMUNADOS

Se presenta en el Registro una escritura de declaración de obra nueva realizada en base a una licencia de obras en la se establece que la concesión de dicha licencia queda condicionada al otorgamiento de la correspondiente escritura de reconocimiento de la propiedad mancomunada de los patios interiores que deberá otorgarse por los titulares de los edificios correspondientes, tal y como se establece en la correspondiente ordenanaza municipal.

Los contertulios entendieron que no se puede inscribir la obra nueva mientras no se proceda al otorgamiento de la citada escritura, la cual debe reconducirse a los términos jurídicos adecuados y que daría lugar a la constitución por parte de todos los edificios sobre sus respectivos patios de luces de una servidumbre recíproca de luces y vistas sobre esos patios «mancomunados».

En relación a quién debe concurrir a dicho otorgamiento, se entendió que, dado que se trata de un acto colectivo, es suficiente con que se adopte unánimemente en Juntas de Propietarios el acuerdo correspondiente y luego sean los respectivos Presidentes quienes otorguen la correspondiente escritura pública.

FRANCISCO MOLINA, ANA ISABEL LLOSA, PEDRO FANDOS, MARTA GOZALBES (Registradores de la Propiedad)

R. 28 DE SEPTIEMBRE 2007 (BOE 23-10-2007)

PRESENTACIÓN TELEMÁTICA

Presentados en el Registro de la Propiedad los documentos telemáticamente el Registrador acuerda no practicar operación registral alguna quedando suspendido el plazo de calificación e inscripción, de acuerdo con el artículo 255 de LH, por no haber sido liquidado el impuesto correspondiente.

El notario interpone recurso gubernativo.

DGRN reitera su doctrina: **« la obligación del Registrador de exponer la totalidad de los defectos que impidan la inscripción de los documentos presentados telemáticamente, aun cuando no estén liquidados del impuesto.»**

(Ana Isabel Llosa)

R. DE 15 DE OCTUBRE DE 2007 (BOE 20-11-2007)

ANOTACIÓN DE EMBARGO CONTRA LA HERENCIA YACENTE

En esta Resolución la DG reitera su doctrina sobre esta materia, confirmando la nota de calificación del Registrador, en la que suspende la práctica de una anotación preventiva de embargo contra una herencia yacente (titular registral de la finca), al considerar que es necesario el nombramiento de un administrador judicial que represente a la misma.

(Ana Isabel Llosa)

R. 23 DE OCTUBRE 2007 (BOE 23-11-07)

REANUDACIÓN DE TRACTO SUCESIVO.

Se suspende la inscripción de un testimonio de auto de reanudación del tracto sucesivo interrumpido, por no acreditarse que el titular registral de la finca ha sido oído en el expediente, o en su defecto, que ha sido citado tres veces, una de ellas, al menos, personalmente, pues la inscripción contradictoria tiene menos de 30 años de antigüedad; porque no se aportan las circunstancias personales de la persona a cuyo favor ha de practicarse la inscripción y de su cónyuge, en su caso; y porque no consta la firmeza del

auto calificado. El primero de los defectos se revoca por la DG, pues en documento complementario se aportó auto de declaración de herederos del titular registral ya fallecido, por lo que resulta innecesario e imposible acreditar que ha sido oído en el expediente y basta con la citación edictal. También revoca el segundo defecto, pues en el auto sí constan los datos personales de aquel a cuyo favor debe practicarse la inscripción y siendo la herencia el título material al que suple el expediente de reanudación del tracto sucesivo interrumpido, resulta innecesario acreditar las circunstancias del cónyuge del compareciente, por ser la adquisición de carácter privativo. La DG confirma el tercer defecto, pues no hay constancia de que el posterior auto firme de fecha posterior al calificado, se haya aportado al Registrador en la fecha en que se emitió la nota de calificación.

(Pedro Fandos)

R. 25 DE OCTUBRE DE 2007 (BOE 23-11-07)

COMPRAVENTA

Se practica la inscripción de una escritura de compraventa, por la que se adquiere el dominio de una finca con carácter privativo, con carácter presuntivamente ganancial, por no acreditarse suficientemente el carácter privativo del precio o contraprestación, pues en la escritura se manifiesta que el precio de la compraventa se ha satisfecho con cargo a una cuenta de la que únicamente es titular el cónyuge comprador y en la que se ingresó previamente el importe de la misma por el comprador, lo cual considera insuficiente el Registrador para probar la procedencia privativa del dinero empleado, lo cual confirma la DG, pues para estimar que tiene carácter privativo el saldo de una cuenta será necesario que resulte acreditado que los fondos de los que se ha venido nutriendo dicha cuenta tengan tal carácter y no resulta acreditado por medio alguno –al no contener la certificación bancaria incorporada a la escritura precisión sobre este extremo– que del movimiento de la citada cuenta no resulte ingreso alguno de distinta procedencia. Respecto al pago del precio en la compra, es insuficiente para acreditar en forma auténtica la procedencia privativa del dinero la certificación bancaria acreditativa de haberse hecho entrega a la parte vendedora, con cargo a dicha cuenta y antes del otorgamiento, de cantidad equivalente a la que se confiesa recibida, ni la entrega al tiempo del otorgamiento de la escritura de compra de un cheque bancario nominativo a favor de la parte vendedora librado por la misma entidad bancaria, y según se indica en la escritura con cargo a la misma cuenta.

(Pedro Fandos)

R. 26 DE OCTUBRE 2007 (BOE 23-11-07)

CONDICIÓN RESOLUTORIA. CANCELACIÓN.

Se suspende la cancelación por caducidad de una condición resolutoria, solicitada por instancia privada por haber prescrito la acción personal para ejercitarla, pues no se acredita debidamente el transcurso del plazo legal previsto para la cancelación por caducidad de la condición resolutoria, sin que consten en la inscripción los plazos de vencimiento de las obligaciones de pago ni las letras que lo representan. La DG confirma la nota y partiendo

del carácter excepcional del sistema de cancelación previsto en el artículo 82.5 LH, entiende que éste no puede aplicarse a un supuesto de prescripción de una acción, pues ésta se ha de apreciar judicialmente, pues pueden existir supuestos de interrupción de la misma que escapen a la calificación registral por no tener reflejo en el Registro, a diferencia de la caducidad que opera ipso iure, por lo que la LH somete esta vía de cancelación registral a requisitos muy rigurosos, entre el que destaca como fundamental el que haya transcurrido el plazo de ejercicio de la acción, contado desde el día en que la prestación cuyo cumplimiento se garantiza debió ser satisfecha en su totalidad según el Registro y siempre que dentro del año siguiente no resulte del mismo que han sido renovadas, interrumpida la prescripción o ejecutada debidamente la acción, por lo que ante la falta de constancia registral de los plazos de vencimiento (Por lo que la DG reconoce que la condición resolutoria no se debió inscribir en los términos contenidos en la escritura primitiva) y ante la imposibilidad de acudir al medio excepcional del artículo 82.5 LH, debe acudirse al medio ordinario de cancelación de los asientos del Registro, que no es otro que el consentimiento del titular registral de la condición resolutoria en escritura pública o resolución judicial firme en procedimiento entablado contra él.

(Pedro Fandos)

R. 27 DE OCTUBRE 2007 (BOE 23-11-07)

DERECHO DE SUPERFICIE.

Se suspende la inscripción de una escritura de constitución y cesión gratuita de derecho de superficie a favor de una sociedad cooperativa, porque en la escritura el Ayuntamiento constituye un derecho de superficie sobre un terreno de propiedad municipal, para la construcción y gestión de una residencia para personas mayores, a través de procedimiento negociado sin publicidad, que se denomina cesión gratuita de derecho de superficie, por haberse adjudicado a una entidad privada y en consecuencia haberse omitido el requisito del concurso público exigido para la adjudicación de derechos de superficie, que garantiza los principios de libre concurrencia, competencia y transparencia, que deben regir la contratación administrativa y sin determinarse un canon para el superficiario, que es una entidad privada y no una entidad local sin la condición de Administración Pública. La Dirección advierte que no compete al Registrador analizar el procedimiento seguido por la Administración, sino calificar si, en el marco del procedimiento elegido, el documento es congruente con el mismo y si se han dado los trámites esenciales de tal procedimiento, lo que no ocurre en este caso, pues la legislación aplicable sólo admite el procedimiento de adjudicación directa de derechos de superficie sobre patrimonios municipales del suelo cuando se trate de administración pública o entidad de ellas dependiente o adscrita y no de entidad privada, donde hay que acudir al concurso, por lo que confirma la nota de la Registradora.

(Pedro Fandos)

R. 5 DE NOVIEMBRE 2007 (BOE 23-11-07)

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA.

Se suspende la práctica de una anotación preventiva de demanda en ejercicio de una acción declarativa de dominio solicitada por mandamiento judicial recaído en procedimiento dirigido contra la herencia yacente del titular registral, por no haberse nombrado un administrador judicial que represente a la herencia yacente. La DG confirma la nota reiterando resoluciones anteriores como la de 15 de Octubre de 2007.

(Pedro Fandos)

R. 6 DE NOVIEMBRE 2007 (BOE 23-11-07)

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA.

Se suspende la inscripción de una escritura de carta de pago y cancelación de hipoteca en que los apoderados de la Entidad Crediticia acreditan la representación mediante la exhibición de copias auténticas de determinadas escrituras de poder, cuyos datos se reseñan, con indicación respectiva del Notario autorizante, fecha del otorgamiento, número de Protocolo e inscripción en el Registro Mercantil, respecto de la cual el Notario vierte su juicio de suficiencia, porque el Notario no especifica cuáles son esas facultades y no justifica la congruencia de su juicio con el contenido del negocio jurídico instrumentado. La DG revoca la nota y confirma su reiterada doctrina al respecto.

(Pedro Fandos)

R. 14 DE ENERO DE 2008 (BOE 29-01-08)

R. 22 DE FEBRERO DE 2008 (BOE 15-03-08)

HIPOTECA

Se deniega la inscripción de una escritura de novación de préstamo hipotecario consistente en desdoblar el préstamo inicialmente concedido en dos tramos y adaptar uno de ellos a las disposiciones contenidas en el RD 801/2005 de 1 de Julio, fijando distintas condiciones de pago, interés y amortización para cada tramo, si bien precisan que sigue tratándose de un solo préstamo y que queda inalterada la garantía hipotecaria constituida en su día, lo que según la nota es contrario a los principios de especialidad y accesoriedad. La Dirección, estima el recurso y revoca la nota contra las objeciones del Registrador, al entender que existe claramente una sola relación obligatoria, un solo préstamo, con una única causa, sin que a ello se oponga el hecho de que, con base en el principio de autonomía de la voluntad, se acuerden distintos tramos o fracciones con distintas condiciones de plazo de vencimiento o de tipo de interés.

(Pedro Fandos)

R. DE 3 DE MARZO DE 2008 (BOE 26-03-08)

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. A FAVOR DE COMUNIDAD DE PROPIETARIOS.

- Se suspende la práctica de anotación preventiva de embargo a favor de una Comunidad de Propietarios en régimen de Propiedad Horizontal, por carecer la parte demandante de personalidad jurídica.

- Por más que se anulara por el Tribunal Supremo la previsión del art. 11 RH, según reforma operada por RD 1867/1998 de 4 de septiembre, lo cierto es que, la falta de personalidad jurídica no impide que en algunos asientos, como la anotación preventiva, la comunidad de propietarios pueda ser titular registral, ya que tiene reconocida capacidad procesal. La anotación se tomará a favor de la comunidad, sin necesidad de identificación nominativa de los comuneros.

(Francisco Molina)

R. DE 10 DE MARZO DE 2008 (BOE 31-03-08)

HIPOTECA. NOVACIÓN Y AMPLIACIÓN. AMORTIZACIÓN. CALIFICACIÓN DE SUS CLÁUSULAS.

- El Registrador suspende la inscripción de una escritura de novación y ampliación de préstamo con garantía hipotecaria, por entender que resulta indeterminado cómo se amortizará la obligación - se indica la existencia de 420 cuotas comprensivas de capital e interés calculadas según el sistema francés, pagadera la última el 1-XII-2042, pero se contempla la amortización por cuotas fijas, en principio 420, pero que podrían ser más por consecuencia de las variaciones del tipo de interés, sin exceder en ningún caso del 1-XII-2042, con lo que, a juicio del Registrador, queda indeterminado cómo se satisfará el importe no amortizado llegada esa fecha - calificando negativamente ciertas menciones del apartado «comisiones y gastos», la determinación de la TAE, algunos pactos relativos a los intereses de demora, el pacto de reembolso anticipado, la designación del acreedor como beneficiario del contrato de seguro, y la facultad de resolución atribuida al acreedor a falta de acuerdo sobre los intereses.

- La DG reitera su doctrina sobre calificación de cláusulas hipotecarias: sólo están sujetas a calificación e inscripción las estipulaciones no financieras de trascendencia real, mientras que las cláusulas financieras, en tanto que no se inscriben, sino que se transcriben, no son susceptibles de calificación. Así, resultando determinado el importe en que se amplía el principal del préstamo, la cuantía total de la deuda, los intereses pactados, y la cuantía máxima de responsabilidad hipotecaria por cada concepto, estando igualmente identificada la obligación garantizada y su duración, no habría obstáculo para practicar la inscripción, toda vez que el principio de determinación que se invoca en la calificación sólo opera respecto del derecho real a inscribir, la hipoteca, en cuanto a determinación de su alcance y extensión, «siendo irrelevantes aquellos aspectos del préstamo garantizado que no influyan en el juego de la garantía», como, aparentemente, sería el régimen de amortización. En conclusión, refiriéndose al crédito, y no a la garantía, no hay problema para inscribir (?) y sí extralimitación del Registrador - al que, por lo menos, no se apercibe de expediente disciplinario.

(Francisco Molina)

R. DE 17 DE MARZO DE 2.008 (BOE 31-03-08)

RETROVENTA. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. CADUCIDAD.

- Sobre una finca consta inscrito un derecho de retroventa, sobre el que, a su vez, pesa una anotación preventiva de embargo. Se presenta ahora instancia para obtener la cancelación del derecho de retroventa, por caducidad, y por tanto, de la anotación de embargo, a lo que se opone el Registrador por no haber transcurrido cinco años desde la fecha en que finalizaba el plazo para el ejercicio de aquel derecho, ni los cuatro de vigencia de la anotación.

- La DG entiende que, existiendo una duración determinada para el derecho, pero sin haberse pactado los requisitos para la cancelación, rige el art. 177 RH, de modo que, transcurridos los cinco años, sin que conste asiento que acredite el ejercicio del derecho, su modificación o la reclamación judicial sobre su cumplimiento, el pacto de retro ha de poder ser cancelado, y cancelado éste, se debe cancelar también la anotación.

(Francisco Molina)

R. DE 28 DE MARZO DE 2008 (BOE 16-04-08)

DERECHO DE VUELO. AMPLIACIÓN DE OBRA Y MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL. UNANIMIDAD NO NECESARIA.

- Por ejercicio del derecho de vuelo inscrito, procede el titular de dicho derecho a ampliar la obra del edificio sobre el que recae el propio derecho de vuelo, dando lugar a nuevos pisos, que se declaran en construcción, modificando, en consecuencia, la propiedad horizontal, que pasa de tres a cuarenta entidades independientes, redistribuyendo la cuota de la entidad número uno entre ésta y las de nueva creación, pero sin modificar la cuota de las entidades dos y tres. El Registrador entiende que se requiere el consentimiento de los titulares registrales de las entidades dos y tres para la modificación del régimen de propiedad horizontal.

- La DG entiende que el ejercicio del derecho de vuelo comporta, necesariamente, la modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal inscrita. En la inscripción se atribuía «el derecho a elevar una o más plantas, total o parcialmente, [...] fijando la cuota en base a la superficie útil en relación con el total inmueble, redistribuyendo las cuotas que existen sobre el 100%» facultad de redistribución de cuotas que hay que entender atribuida al titular del derecho de vuelo, sin que sea necesario el concurso del resto de propietarios.

(Francisco Molina)

R. 9 DE ABRIL DE 2008 (BOE 07-05-08)

COMPRAVENTA

Es objeto de calificación una escritura de compraventa de plaza de garaje que en el Registro aparece inscrita como en cons-

trucción mientras que en el título presentado se describe como concluida haciéndose referencia a un acta de finalización de obra que ha sido presentada con posterioridad en el Registro si bien se ha alterado el orden de la calificación conforme prevé el art. 432 c.RH.

El Registrador suspende la inscripción por falta de previa inscripción de la obra nueva y constitución del seguro decenal formalizados en el acta mencionada.

Señala el Centro Directivo que lo procedente en este caso es despachar el título presentado haciendo constar en nota a pie del mismo lo establecido en el art. 51 RD 1093/97 y si se trata de un edificio cuyo destino principal es vivienda la falta de acreditación de las garantías establecidas en la LOE y que en el caso planteado resulta difícil justificar la aplicación del art. 432c. del RH que permite la inversión del orden de calificación ya que la compraventa era, en el momento de la calificación impugnada, título presentado con anterioridad y puede ser despachado sin defecto.

(Marta Gozalbes)

R. 17 DE ABRIL DE 2008 (BOE 13-05-08)

CANCELACIÓN DE HIPOTECA

La Registradora de la Propiedad suspendió la calificación y despacho del documento presentado telemáticamente por no acreditarse el pago, exención o no sujeción del impuesto correspondiente conforme lo previsto en el art. 255 LH ante lo cual para la Dirección General deben distinguirse dos aspectos: el primero referido a una cuestión estrictamente formal y el segundo relativo al carácter unitario y global de la calificación.

En cuanto al primero de los supuestos, nos encontramos ante una auténtica calificación si bien ésta carece de los mínimos elementos exigidos por la ley (párrafo segundo art. 19 bis LH) y carece de una mínima motivación o motivación suficiente.

En segundo lugar, declara el Centro Directivo que a cualquier funcionario público en el ejercicio de su función le está vedado poner de manifiesto en sus actos sólo parcialmente aquellos defectos que impiden la inscripción y por tanto no puede admitirse la existencia de calificaciones sucesivas negativas del mismo documento cuando en un solo trámite pueden exponerse todos los defectos del mismo (arts 18 y 19 bis LH y 74, 75 Ley 30/92).

(Marta Gozalbes)

R. 6 DE MAYO DE 2008 (BOE 23-05-08)

Igual que la R. DE 21-12-07 (BOE 15-01-08) publicada en la Rev 448. pag.11

R. DE 29 DE MAYO DE 2008 (BOE 24-06-08)

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO. ERROR DE CONCEPTO. RECURSO GUBERNATIVO.

- Por testamento, el titular registral dispuso un legado de un derecho de habita-

ción, sobre la parte necesaria de determinada finca, cuyo usufructo vitalicio legó, por mitades, a dos sobrinas, quedando la nuda propiedad para otro pariente. La inscripción del legado se hizo con la fórmula «dicho usufructo vitalicio se adjudica y está gravado con el derecho de habitación antes citado, a favor de la legataria...» Fallecidas las dos usufructuarias, al considerar que el derecho de habitación estaba gravando el usufructo, se canceló tanto el derecho de usufructo, como el de habitación. La habitacionista, entendiendo que se trata de un error solicita la subsanación.

- Si bien admite la DG que se cometió un error al inscribir el derecho de habitación como se hizo, gravando el usufructo y no la propiedad, lo cierto es que, practicada la cancelación, no es el recurso gubernativo la vía adecuada para obtener la rectificación del asiento ya practicado, requiriéndose el consentimiento de los titulares registrales afectados o resolución judicial dictada en el procedimiento dirigido contra ellos, sin perjuicio de la responsabilidad del Registrador que cometió el error.

(Francisco Molina)

R. DE 2 DE JUNIO DE 2008 (BOE 24-06-08)

HIPOTECA. CANCELACIÓN. EJECUCIÓN DE SENTENCIA. TRACTO SUCESIVO.

- Presentado mandamiento dictado en ejecución de Sentencia estimatoria de demanda, para la cancelación de una hipoteca, el Registrador aprecia que no han trascurrido los plazos para la rescisión de la Sentencia dictada en rebeldía, y que no ha intervenido en el procedimiento el titular de una anotación de embargo que recae precisamente sobre el derecho de hipoteca cuya cancelación se pretende.

- La DG confirma la aplicación que del principio de tracto sucesivo hace el Registrador, y que impide extender las consecuencias de un proceso a las personas que no han sido parte en él ni han tenido intervención en forma alguna.

(Francisco Molina)

R. DE 3 DE JUNIO DE 2008 (BOE 24-06-08)

DOCUMENTOS JUDICIALES. DATOS PARA LA INSCRIPCIÓN.

- Se suspende la inscripción de un testimonio de auto dictado en expediente de dominio para la reanudación de tracto e inscripción de exceso de cabida, dado a favor de «Don X y los restantes miembros de la comunidad hereditaria formada por los hermanos Y sobre la herencia de su hermano fallecido», por no constar los datos personales de aquellos a cuyo favor se hubiera de practicar el asiento. Pero la DG asume la alegación del recurrente, ya que tales datos resultan de la declaración de herederos y escritura de aceptación de herencia que acompañan al documento judicial.

(Francisco Molina)

R. DE 25 DE AGOSTO DE 2008 (BOE 16-09-2008)

OBRA NUEVA. AMPLIACIÓN. POR CERTIFICACIÓN CATASTRAL.

- Inscrita una finca con determinada superficie – 140 m² construidos, más otros 6'88 m² de pérgola y 10 m² de patio – se pretende ahora hacer constar la existencia de un sótano de 131 m², a cuyos efectos se aporta certificación catastral, que acredita una superficie total de 285 m² – 131 m² destinados a vivienda, 23 m² destinados a porche y otros 131 m² destinados a aparcamiento en planta sótano – con una antigüedad que se remonta a 1999, quedando, en definitiva, según el título, con una superficie de 271 m² construidos, 6'88 m² de pérgola y 10 m² de patio, lo que no coincide con lo resultante de la certificación catastral.

- La DG considera que, en cuanto a la ampliación de obra que se declara, la coincidencia entre la descripción contenida en el título y la certificación catastral es total, por lo que, acreditada la antigüedad de la obra, no hay obstáculo para inscribirla. En cuanto a la modificación de la descripción de la totalidad del inmueble, consecuencia de la ampliación de la obra, la DG aprecia: se pasa de 140 m² construidos, que constaban registralmente, a 271 m², correspondiendo la diferencia a la ampliación declarada, más las superficies de la pérgola y el patio, ésto es, una superficie total de 287'88 m², frente a los 285 m² que resultan del Catastro. Cierto, por tanto, que no hay una coincidencia total, pero ésta sólo es exigible en las inmatriculaciones, máximo cuando no existen dudas en la identidad de la finca.

(Francisco Molina)

R. DE 26 DE AGOSTO DE 2.008 (BOE 16-09-2008)

COMPRAVENTA. VENDEDORES INGLESES. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

- La titular registral de una finca, de nacionalidad británica, casada, y titular «con sujeción a su régimen matrimonial», vende la finca, haciendo constar el Notario autorizante que la vendedora manifiesta que dicho régimen es el de separación de bienes, y aseverando el propio Notario que le consta por notoriedad que el régimen legal de bienes es el de separación de bienes. El Registrador entiende que es necesario acreditar el régimen económico a que está sujeto el matrimonio de la vendedora.

- Cierto que, en caso de adquisición por extranjeros casados, la determinación del régimen económico matrimonial no requiere de acreditación hasta el momento de la enajenación. Pero el Notario asevera conocer por notoriedad cuál sea el régimen de bienes a aplicar, y no se desvirtúa lo que afirma, por lo que debe inscribirse la venta.

(Francisco Molina)

R. 26 DE AGOSTO DE 2008 (BOE 16-09-08)

DERECHO DE USO

Se deniega la inscripción de una escritura de protocolización de un documento privado en el que se constituye un derecho de uso, por el carácter personal del derecho constituido y por encontrarse la finca inscrita a nombre de persona distinta de los otorgantes del documento y el Derecho se encuentra extinguido por fallecimiento de su titular. La DG desestima el recurso y confirma la nota pues se pretende la inscripción de un contrato otorgado por el anterior titular registral. Y aunque es cierto que los actuales titulares son herederos de aquel, no se puede olvidar que la escritura de protocolización está otorgada sólamente por el recurrente y no por el causante de los dueños actuales, por lo que en cualquier supuesto, no se ha acreditado que fuera éste firmante del documento protocolizado. Ni por tanto vinculado por el mismo a efectos puramente civiles.

(Pedro Fandos)

RDGN 27 DE AGOSTO 2008 (BOE 16-09-08)

DERECHO DE USO A LA VIVIENDA HABITUAL.

Se suspende la inscripción de una escritura por la que dos ex-cónyuges, en cumplimiento del convenio regulador acordado por ellos, compran en comunidad ordinaria el usufructo de una vivienda, estableciendo que el uso de la misma corresponderá a la esposa, mientras mantenga la custodia de los hijos y conviva con ellos. Se acompaña la sentencia de divorcio que incluye el convenio regulador en tal sentido, por omitirse en la escritura toda referencia al derecho de uso de los hijos que establece la sentencia, pudiendo resultar perjudicado el interés de los mismos por un acto dispositivo sobrevenido, realizado por el titular de la finca con el exclusivo consentimiento de la madre, lo cual no es posible por la existencia de un interés jurídico precisado de especial protección, por lo que se impone una limitación de disponer al titular de la vivienda. La Dirección General estima el recurso y revoca la nota, al entender que el derecho de uso es un derecho personal, cuya titularidad corresponde al cónyuge a cuyo favor se atribuye, y al cual corresponde la situación de poder en que el derecho consiste, y la limitación a la facultad de disponer se remueve con su solo consentimiento, sin que los hijos ostenten ninguna titularidad.

(Pedro Fandos)

R. 27 DE AGOSTO 2008 R. 01 DE SEPTIEMBRE 2008 (BOE 16-09-08)

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO.

Se deniega la práctica de una anotación preventiva de embargo ordenada por un Ayuntamiento sobre una finca registral radicada en otro término municipal por carecer el Ayuntamiento ordenante de jurisdicción para ordenarlo, lo cual es confirmado por la DGRN, pues el mandamiento debe proceder de los órganos competentes de la CCAA o del Estado, según los casos.

(Pedro Fandos)

R. 28 DE AGOSTO 2008 (BOE 16-09-08)

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO.

Se suspende la práctica de una anotación preventiva de embargo que en su día ya fue suspendido por no acreditarse el régimen económico matrimonial del deudor y ahora se presenta acompañado de requerimiento hecho al deudor para que acredite su régimen matrimonial en un plazo de 10 días con apercibimiento de que en caso de no hacerlo se entenderá que su régimen es el de gananciales, junto con una diligencia que acredita el transcurso del plazo sin haberse efectuado dicha manifestación. Según reiterada doctrina de la DGRN resulta la imposibilidad de practicar el embargo por desconocerse si en el derecho extranjero es de aplicación un sistema similar al del artículo 144 RH, que impone la notificación al cónyuge si el bien pertenece a la sociedad de gananciales, desconocimiento que persiste con los nuevos documentos aportados por lo que la DGRN desestima el recurso y confirma la nota.

(Pedro Fandos)

R. 2 DE SEPTIEMBRE 2008 (BOE 01-10-08)

EXTRANJEROS. EMBARGO DE MITAD INDIVISA DE FINCA. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.

- Inscrita un finca a favor de un matrimonio alemán, con sujeción al régimen económico de su nacionalidad, que es el de participación, se presenta ahora mandamiento de anotación preventiva de embargo sobre la mitad indivisa de la esposa del demandado. El Registrador, y con él la Dirección, considera que no se puede tomar anotación sobre bienes de un cónyuge por deudas del otro, ya que el demandado no ostenta ningún derecho real sobre la finca, sino sólamente un crédito que podrá hacerse efectivo, en su caso, en el momento de la liquidación del régimen matrimonial. Alega el recurrente que el demandado ha realizado unas operaciones fraudulentas para evitar el embargo, pero éstas ni pueden apreciarse en un procedimiento ejecutivo como el que ha dado lugar al mandamiento calificado, ni pueden enjuiciarse ni por el Registrador ni por la Dirección.

(Francisco Molina)

R. DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 2008 (BOE 01/10/08)

HERENCIA. CUADERNO PARTICIONAL. SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA. ADJUDICACIÓN PARA PAGO DE DEUDA.

- Fallecido el titular registral, se procede a protocolizar el cuaderno particional redactado sobre la base de un testamento, en el que el causante instituía herederas «en el remanente de su herencia, con la modalidad de fideicomiso de residuo», a sus hermanas, conjunta, sucesiva y simultáneamente, de manera que fuera necesaria la intervención de las tres fiduciarias, o

de las que de ellas fueran quedando con vida, para disponer de los bienes, y, al fallecimiento de la última de ellas, los bienes de que no hubieran dispuesto pasarían a los sobrinos carnales del testador, nacidos antes del fallecimiento de éste y que sobrevivan a la última fiduciaria. El partidor adjudica una finca a las tres fiduciarias, en cuanto al 89'8435% para pago de una deuda del causante, y el resto de 10'1575%, en pago de los respectivos derechos hereditarios, pro indiviso y sujetas a la institución fideicomisaria de residuo impuesta por el causante. Practicada la inscripción en estos términos, ahora se pretende la inscripción de la totalidad de la finca a favor de los fideicomisarios, lo que suspende el Registrador al apreciar que en el acta de inscripción sólo una cuota de 10'1575% queda sujeta a la sustitución.

- Ciertamente, la participación de 89'8435% se inscribió a nombre de las fiduciarias, para pago de la deuda del causante, «porque cabalmente se preveía la enajenación posterior de la citada participación para hacer frente al pago de la deuda inventariada», pero entiende la Dirección que, reflejada como queda la cláusula de sustitución fideicomisaria, si las fiduciarias no hacen uso de su facultad dispositiva, los bienes queden fuera de la herencia. Cierto que el contenido del Registro ha de presumirse exacto, pero la adjudicación para pago de deudas constituye una titularidad puramente formal, que se limita a legitimar unos actos dispositivos con miras al pago de la deuda, pero sin que el bien llegue a entrar en el patrimonio del adjudicatario. En conclusión, fallecidas las adjudicatarias fiduciarias sin haber usado de sus poderes dispositivos, la participación discutida debe entenderse integrada en la masa hereditaria, con la correspondiente sustitución fideicomisaria.

(Francisco Molina)

R. DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 2.008 (BOE 01/10/08)

CANCELACIÓN. EXCESO DE CABIDA.

- Practicada la inscripción de un exceso de cabida sobre una finca, el representante de la comunidad de propietarios con la que dicha finca linda presenta una instancia privada, alegando que tal comunidad resulta perjudicada con dicha inscripción, al alterarse los linderos y zonas verdes reconocidos a su favor en otras inscripciones, y considerar que, tratándose de una finca creada por división y con linderos fijos, se debía haber suspendido la inscripción.

- La DG, sobre la base de la salvaguardia judicial de los asientos y la necesidad de consentimiento del titular registral para modificar el asiento ya practicado, entiende que sólo por vía judicial se puede obtener lo que se pretende, sin que el recurso gubernativo pueda nunca ser la vía para lograr la rectificación del asiento, y sin entrar tampoco a valorar si el exceso de cabida fue debidamente inscrito o no, por los mismos motivos.

(Francisco Molina)

SENTENCIAS

ALICIA Mª DE LA RÚA NAVARRO *Registradora de la Propiedad*

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2007.

PROPIEDAD HORIZONTAL: OBRAS EN ELEMENTOS COMUNES; SUSTITUCIÓN DE CHIMENEA EN FACHADA.

Ponente: García Varela, Román.

Artículos citados: 7, 10, 11 y 16 de la Ley de Propiedad Horizontal; 396 y 397 del Código Civil.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- La Comunidad de Propietarios del Edificio X promueve demanda contra D. A, dueño del local Y integrante del mismo, solicitando que se declare que la nueva chimenea por él instalada en la fachada del edificio en sustitución de la anterior deteriorada afecta a un elemento común del inmueble y, por tanto, a su título constitutivo, y que tales obras se han efectuado sin el consentimiento unánime de la Comunidad de Propietarios; y, en consecuencia, se le condene a retirarla a su cargo.

2º.- El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación. La demandante recurre en casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

El Tribunal Supremo pone de manifiesto que, de ordinario, los titulares de locales, a causa de la explotación de negocios de hostelería, como bares o restaurantes, necesitan reglamentariamente de una salida de humos, por lo que proceden a la colocación de una chimenea que pasa por elementos comunes, como fachadas o patios de luces, o a la sustitución por otra de la existente deteriorada.

Pero añade que, aunque los propietarios de estos locales tienen la facultad de dedicar los mismos a una actividad lícita, salvo cláusula estatutaria expresa en contrario, cuando para ello necesitan verificar obras en elementos comunes, sólo la aprobación unánime de la Comunidad les permitirá la instalación o la mutación de dichas chimeneas de salidas de humos.

En el presente caso, el demandado ha colocado una nueva chimenea que afecta a la fachada del edificio, para cambiar la anterior deteriorada, sin la autorización unánime de los miembros de la Comunidad, en contra de lo dispuesto en la ley.

Por ello, se declara haber lugar al recurso de casación, ratificando la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DICIEMBRE 2007.

HIPOTECA: RESPONSABILIDAD DE LOS ADQUIRENTES DEL BIEN HIPOTECADO; ALCANCE EN CUANTO A LOS INTERESES.

Ponente: Salas Carceller, Antonio.

Artículos citados: 1281 a 1288, 1205, 1206 y 1257 del Código Civil; 114 de la Ley Hipotecaria.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- Los hermanos D. A y Dª B constituyen hipoteca sobre la vivienda X, mediante escritura pública de 9 de junio de 1987, en garantía del cumplimiento de dos obligaciones al portador por importe de 16.000.000 ptas. y 250.000 ptas., con vencimiento al año, y al interés del 13 por 100 anual, que se elevará al 25 por 100 en el supuesto de ejecución y se sumará al capital, devengando también el 25 por 100 de interés por la demora hasta el total pago; la hipoteca garantiza el capital, es decir, «16.250.000 ptas., intereses correspondientes a un año y 4.062.500 ptas. para costas y gastos», siendo prorrogable el plazo de las obligaciones.

2º.- Los cónyuges D. C y Dª D compran, mediante escritura pública de 11 de diciembre de 1991, a los hermanos D. A y Dª B la vivienda X, reteniendo del precio convenido la cantidad de 26.500.000 ptas. para satisfacer la garantía real hipotecaria, los gastos de cancelación y gastos e impuestos a cargo de la parte vendedora, haciendo constar que «los compradores se subrogan solidariamente en el cumplimiento de la obligación real garantizada por el inmueble, esto es, el pago único de las dos obligaciones hipotecarias, de 16.000.000 ptas. y 250.000 ptas. respectivamente, sus intereses de un año y la cantidad de 4.062.500 ptas. para gastos».

3º.- D. E, como tenedor de la obligación hipotecaria de 16.000.000 ptas., interpone demanda el 11 de marzo de 1995 contra los deudores hipotecantes D. A y Dª B y contra los compradores D. C y Dª D, interesando que se les condene a satisfacerle solidariamente: a) El principal de la obligación hipotecaria al portador, ascendente a 16.000.000 ptas.; b) Los intereses contractualmente pactados sobre el principal de la obligación al tipo del 13% anual; y c) Los intereses que devengue la obligación hipotecaria desde que se decrete, en su caso, la ejecución de la sentencia que se dicte en los autos a razón del 25 % anual, cuyos intereses sumados al capital, devengarán el 25 % anual por demora hasta el día en que su importe total sea íntegramente percibido.

4º.- El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda condenando solidariamente a todos los demandados a satisfacer a la parte actora las cantidades reclamadas salvo los intereses correspondientes a los dos primeros años por estimar que la acción de reclamación de los mismos había prescrito. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación formulado por D. C y Dª D, reduciendo la cantidad a satisfacer por los mismos a 18.080.000 ptas., más el interés legal de dicha cantidad desde la fecha de su emplazamiento, por entender que los compradores de la finca hipotecada son terceros adquirentes y, por el ejercicio de la acción hipotecaria, responsables con dicha finca y no con el resto de su patrimonio y sólo responden de los intereses del art. 114 LH, salvo que los garantizados con la hipoteca sean de menor extensión temporal, como sucede en el caso presente, en que sólo se

garantizaron los intereses de un año. El demandante recurre en casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Frente a la alegación de que en el contrato de compraventa los compradores asumieron la obligación de satisfacer la totalidad de la deuda y sus intereses en la misma forma que los deudores principales, sin que su responsabilidad quedara reducida a los límites de la hipoteca constituida, recuerda el Tribunal Supremo que la interpretación de los contratos es función atribuida al Tribunal de instancia, cuyas ponderaciones deben ser mantenidas en casación, salvo que se trate de una valoración manifiestamente equivocada o errónea o se vulnere alguna de las normas legales establecidas sobre la materia. Prescindiendo de la cuestión relativa a los efectos que para el acreedor hipotecario habrían de tener las estipulaciones propias de un contrato en el que no fue parte, de las que pretende beneficiarse, la Audiencia ha partido de una interpretación literal de los términos del contrato sin que haya infringido norma hermenéutica alguna; el intérprete ha de atenerse al sentido literal de lo manifestado siempre que el texto se ofrezca con la claridad que la norma exige, puesto que las palabras son el medio de revelar el pensamiento, y es de toda evidencia que el sentido gramatical de las palabras empleadas en la redacción del contrato pone de manifiesto que los compradores se obligaban respecto de los vendedores a satisfacer el principal garantizado con la hipoteca más los intereses de un año, sin comprometerse al pago de otras cantidades que excedieran de las anteriores.

Respecto a la alegación de haberse producido una novación por sustitución de un nuevo deudor en lugar del primitivo, con el consentimiento del acreedor en forma tácita al dirigir su acción contra los primeros, también es rechazado, ya que no existió novación por cambio de deudor, pues los deudores primitivos no quedaron liberados del cumplimiento de sus obligaciones en virtud de lo estipulado en el contrato de compraventa, ni, aunque hubiera existido, cabe entender que la parte acreedora prestó tácitamente su consentimiento para ello, como demuestra que la demanda se dirigiera también contra los primitivos deudores.

No se da aquí el supuesto del art. 118.1 LH, según el cual «en el caso de venta de finca hipotecada, si el vendedor y el comprador hubieren pactado que el segundo se subrogará no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedará el primero desligado de dicha obligación, si el acreedor expresare su consentimiento expreso o tácito», sino el establecido en el art. 118.2 LH, por cuanto, no asumiendo los compradores la obligación personal sino únicamente la real derivada de la hipoteca, retuvieron parte del precio para hacer frente a dicha responsabilidad, sin que corresponda al acreedor hipotecario discutir sobre la cuantía de la cantidad del precio retenida por los compradores por ser cuestión ajena a él y afectante únicamente a los intereses de quienes fueron parte en el contrato, a quienes únicamente afecta lo allí estipulado sin trascendencia alguna para el acreedor (art. 1257 C.c.).

Por último, se alega que los compradores no tienen la condición de «terceros» a que se refiere el art. 114 LH para beneficiarse de la limitación de responsabilidad que prevé en cuanto al pago de intereses.

Dispone dicho precepto que «salvo pacto en contrario, la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue interés no asegurará, con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la

anualidad corriente. En ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años». En el ámbito hipotecario se considera «tercer poseedor» al adquirente de bienes hipotecados, el cual es ajeno a la relación obligatoria asegurada con hipoteca y no asume la deuda garantizada como propia. Lo que sucede es que el crédito hipotecario es fuente de una responsabilidad personal e ilimitada para el deudor, que responde de su satisfacción con todos sus bienes presentes y futuros (arts. 105 L.H. y 1911 C.c.), pero al mismo tiempo genera una responsabilidad real o hipotecaria que se hace efectiva sobre el bien hipotecado. Por ello, si el bien se transmite tras la constitución de la hipoteca, ambas responsabilidades se disocian de modo que la responsabilidad real afecta al adquirente del bien dado el carácter oponible «erga omnes» del derecho real cualquiera que sea su titular. Pero tal afectación no puede ir más allá de la cantidad garantizada por la hipoteca y en el caso presente la propia escritura de constitución previó que la misma garantizaba el pago del principal y de los intereses de un año, reduciéndose así por pacto el alcance normal establecido en el art. 114 L.H.; previsión que igualmente se incorporó a la escritura de compraventa posterior, sin que el hecho de que los compradores retuvieran parte del precio pactado para el pago de aquéllo que resultaba garantizado con la hipoteca constituida sobre el bien que adquirían suponga que los mismos perdieran la condición de «terceros» prevista en el art. 114 L.H., pues no existió una asunción de deuda por los compradores con efectos liberatorios para el vendedor, mediando el consentimiento del acreedor.

En consecuencia, se declara no haber lugar al recurso de casación.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE DICIEMBRE DE 2007.

RETRACTO DE COMUNEROS: DIES A QUO DEL PLAZO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN; PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

Ponente: O'Callaghan Muñoz, Xavier.

Artículos citados: 1524 del Código civil.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- La Agencia Tributaria sigue expediente de apremio contra D. A, en el que se traba embargo sobre la participación indivisa que a éste pertenece en la finca X; se celebra la subasta el 1 de octubre de 1997, adjudicándose a la entidad B, S.L., otorgándose la escritura de compraventa el 29 de diciembre de 1998, que se notifica a la copropietaria C, S.L. el 1 de febrero de 1999.

2º.- La entidad C, S.L. presenta demanda de retracto de comuneros el 10 de febrero de 1999.

3º.- El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estima, procediendo en consecuencia la desestimación de la demanda de retracto. La demandante recurre en casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

El Tribunal Supremo comienza resaltando que el retracto legal es un límite al derecho de propiedad en el sentido de que constriñe el poder de disposición del propietario en cuanto a la persona del adquirente. Es, pues, esencial el concepto de enajenación, a partir de la cual se perfila el retracto, como poder

que tiene el retrayente sobre una cosa para adquirirla después de haber sido transmitida a un tercero.

En los arts. 1521 y 1522 C.c., sobre el retracto en general y el retracto de comuneros en particular, destacan los conceptos de transmisión y de adquisición de la cosa retraída, que son determinantes del ejercicio de la acción de retracto y del plazo de caducidad.

La cuestión que se plantea en el presente caso es si se cumplió o no el plazo, es decir, si conforme al art. 1524 C.c. se ejercitó la acción de retracto de comuneros dentro de nueve días desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta.

El Juzgado de 1ª Instancia entendió que el plazo de nueve días nace desde la celebración de la subasta, con aprobación del remate y adjudicación al rematante de la finca. Sin embargo, la Audiencia Provincial parte de la idea de que la acción de retracto tiene el dies a quo del plazo de caducidad en el conocimiento de la celebración de la subasta; concretamente, conoció la sociedad demandante el expediente en que se produjo el embargo, la tasación de las fincas objeto del mismo, el anuncio de la subasta y la celebración de ésta y, asimismo, hubo conversaciones en torno a ella.

Por el contrario, el Tribunal Supremo establece que la acción de retracto nace desde la subasta con aprobación judicial del remate y adjudicación al rematante, y en este caso, al no ser un procedimiento judicial, desde el conocimiento de la escritura pública de compraventa. Es, pues, éste el dies a quo y, por tanto, se ha ejercitado en plazo la acción de retracto. No podía hacerlo antes, porque no se había producido la transmisión y por tanto, no se había dado aún el dies a quo.

La sociedad retrayente tuvo conocimiento de la subasta, pero no tuvo conocimiento de la escritura pública de la venta hasta que le fue notificada y en plazo legal, a partir de tal notificación, ejercitó la acción.

Por ello, se declara haber lugar al recurso de casación, con estimación de la acción de retracto.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE DICIEMBRE DE 2007.

COMPRAVENTA CON PRECIO APLAZADO: EFECTOS DE SU EXPRESIÓN REGISTRAL; ORDEN DE PRELACIÓN DE CRÉDITOS.

Ponente: Almagro Nosete, José.

Artículos citados: 10, 11 y 37.4 de la Ley Hipotecaria.

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El 23 de junio de 1992 Dª A vende a la entidad B, S.A. la finca registral X, por precio de veintiún millones de pesetas, acordándose aplazar el pago de dieciocho millones al 23 de agosto de 1992 mediante dos letras de cambio de dos y dieciséis millones de pesetas y estipulándose que "para la cancelación en su día de la mención registral del precio aplazado, bastará la presentación, por parte de la Sociedad compradora, de un acta notarial, en la que se acredite obrar en su poder las dos letras anteriormente reseñadas".

2º.- La adquirente, B, S.A., efectúa, en la misma fecha, la declaración de obra nueva y la división horizontal de la finca y constituye hipoteca a favor del Banco C. Parte de la finca es luego vendida a D, S.L.

3º.- No habiéndose pagado a la vendedora el precio aplazado de la venta, Dª A presenta demanda contra los actuales propietarios registrales de la finca y contra el banco acreedor del préstamo hipotecario, solicitando que se declare que la finca está afecta a la carga derivada del precio aplazado de la compraventa, afección que es preferente al crédito hipotecario.

4º.- El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación. La demandante recurre en casación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

La recurrente alega que el aplazamiento del pago de una parte del precio de venta, mencionado registralmente en la inscripción de la venta, se encuentra garantizado mediante condición resolutoria, con el efecto de resultar oponible a los demandados, aunque sean el tercer adquirente de parte de los bienes enajenados y el acreedor hipotecario. Considera que la simple expresión registral del aplazamiento del pago, en cumplimiento de la exigencia impuesta por el art. 10 LH, que obliga a constatar el precio que resulte del título y, además, «la forma en que se hubiese hecho o convenido el pago», lleva consigo una carga real afecta a los bienes vendidos, con prioridad frente a los terceros que hayan accedido después al registro, a los que se privaría de la protección propia de la fe pública registral.

Sin embargo, establece el Tribunal Supremo que el art. 11 LH niega que esa expresión del aplazamiento de pago surta por sí misma efectos en perjuicio de terceros, «a menos que se garantice aquél con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita», lo que no se produce en el presente caso. La mera constancia registral del aplazamiento, al carecer de valor de mención en sentido técnico, sólo es útil para poner de relieve el hecho en sí de que el precio no estaba satisfecho en su integridad, pero, dado que, por virtud de título y modo, la propiedad de la finca pasó a la adquirente, el pago del precio era sólo una obligación personal impuesta por el contrato, conservando la parte vendedora la correlativa acción personal (no real) contra la compradora para exigir esa parte aplazada que se adeuda.

Ante un eventual incumplimiento del comprador, la resolución no resulta automática, al no establecerse como tal en el contrato, sin perjuicio de que el vendedor pueda optar por resolverlo ex arts. 1504 y 1124 C.c. Cuando el vendedor opta por reclamar el precio, ejercita una acción personal para cobrar un crédito ordinario, que, en este caso concreto, cuenta con la garantía cambiaria, pero que en ningún caso le otorga una posición de privilegio; en consecuencia, no puede dirigirse contra los terceros que hayan accedido al registro, y cuyo título trae causa del título del comprador, al conservar esos terceros la protección de la fe pública registral, como expresamente salvaguarda el último inciso del art. 1124 C.c., siempre que reúnan todos los requisitos en que aquélla se sustenta, incluida la buena fe de la adquisición, que no cabe poner en duda por el simple hecho de que se haya tenido conocimiento del citado aplazamiento, pues el art. 37.4 LH dispone que «el simple conocimiento de haberse aplazado el pago del precio no implicará, por sí solo, complicidad en el fraude».

Por lo expuesto, se declara no haber lugar al recurso de casación.

ESCRIBE PARA LUNES

Jorge Soriano Barrón
Empleado de la Oficina Liquidadora de Algemesí

APLICACIÓN DE LA EXENCIÓN SUBJETIVA DEL ARTÍCULO 45.I.A) DEL TRLITPAJD AL CONSORCIO DE COMPENSACIÓN DE SEGUROS.

El artículo 45.I.A) del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, determina " Estarán exentos del impuesto : a) El Estado y las Administraciones Públicas Territoriales e institucionales y sus establecimientos de beneficencia, cultura, Seguridad Social, docentes o de fines científicos. Esta exención será igualmente aplicable a aquellas entidades cuyo régimen fiscal haya sido equiparado por una Ley al del Estado o al de las Administraciones públicas citadas. "

Es preciso tener en cuenta que las normas sobre exenciones no pueden interpretarse de modo extensivo, por lo que, como ha declarado el Tribunal Económico Administrativo Central en Resolución de 11 de septiembre de 1997, " cuando el citado artículo 45 habla de Administraciones Públicas hay que atenerse a su concepto, sin que quepa extender la exención a lo que genéricamente se denomina sector público, donde, ciertamente, caben otros entes muy diversos".

Sobre la determinación del concepto de Administración institucional, la Dirección General de Tributos, en contestación a la consulta de 1 de marzo de 1994, estableció que " … de conformidad con la doctrina tradicional en la materia debatida , toda Administración Pública se caracteriza, desde el punto de vista orgánico porque su forma de personificación es pública y desde el punto de vista funcional, porque su actividad es administración o gobierno, regido por el Derecho Público y dotada, por tanto, de las prerrogativas que éste otorga. Este criterio se ha reflejado en otras contestaciones de esta Dirección General de Tributos , como la de 29 de marzo de 2001, y es también el que ha mantenido reiteradamente el Tribunal Económico Administrativo Central en diversas resoluciones, entre las que se pueden citar las de 12 de diciembre de 1990, 21 de octubre de 1992, 24 de junio de 1993, 13 de febrero de 1997 y 11 de septiembre de 1997.

Como complemento y apoyo de lo expuesto cabe citar la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, que en sus artículos 2 y 3 distingue, dentro del sector público estatal, tres grupos de entes en los siguientes términos:

" Artículo 2. Sector público estatal.

1. A los efectos de esta ley forman parte del sector público estatal:

c) **Las entidades públicas empresariales**, dependientes de la Administración General del Estado, o de cualesquiera otros organismos públicos vinculados o dependientes de ella".

" Artículo 3. Sector público administrativo, empresarial y fundacional.
A los efectos de esta ley, el sector público estatal se divide en los siguientes:
2. **El sector público empresarial**, integrado por:
a) **Las entidades públicas empresariales**. "

Respecto a la exención subjetiva regulada en el artículo 45.I.A) a) del TRLITPAJD, y de acuerdo con la doctrina administrativa del Tribunal Económico Administrativo Central y de la Dirección General de Tributos, **tienen la consideración de Administración pública los entes incluidos en el sector público administrativo, pero no los del sector público empresarial.**

Sin embargo la **Ley 6/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de 14 de abril**, en el apartado XI de su exposición de motivos, dispone expresamente: Por otra parte, resulta inaplazable racionalizar y actualizar la normativa dedicada a la tradicionalmente denominada «Administración Institucional del Estado». Se opta, en primer lugar por una denominación genérica, «Organismos Públicos», que agrupa **todas las Entidades de Derecho público dependientes o vinculadas a la Administración General del Estado.**

Partiendo del concepto general, se distinguen después dos modelos básicos: Organismos autónomos y Entidades públicas empresariales. Los primeros realizan actividades fundamentalmente administrativas y se someten plenamente al Derecho público; en tanto que los segundos realizan actividades de prestación de servicios o producción de bienes susceptibles de contraprestación económica y, aun cuando son regidos en general por el Derecho privado, les resulta aplicable el régimen de Derecho público en relación con el ejercicio de potestades públicas y con determinados aspectos de su funcionamiento.

En idéntico sentido se puede citar la exposición de motivos y el artículo 1 del **Real Decreto Legislativo 7/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros**: " Junto a las reformas anteriormente citadas, han de considerarse otras normas que han modificado el marco jurídico en el que se desenvuelve el Consorcio de Compensación de Seguros. En este sentido, ha de aludirse a la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, por la que se actualizó la normativa dedicada a la tradicionalmente denominada Administración institucional del Estado, optándose por una denominación genérica, organismos públicos, que agrupa a todas las **entidades de derecho público dependientes o vinculadas a la Administración General del Estado** y distinguiendo dos modelos básicos: organismos autónomos y **entidades públicas empresariales**. De modo que este nuevo marco jurídico ha de tener reflejo en el estatuto legal del Consorcio, en el que se recoge, de acuerdo con aquél, su encuadramiento en la categoría de entidad pública empresarial.

Artículo 1. Naturaleza jurídica del Consorcio de Compensación de Seguros.
1. El Consorcio de Compensación de Seguros (en adelante, el Consorcio) se constituye como una **entidad pública empresarial de las previstas** en el artículo 43.1.b) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, dotada de patrimonio distinto al del Estado, que ajustará su actividad al ordenamiento jurídico privado.
2. El Consorcio está adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda."

Ambas exposiciones de motivos contienen una interpretación auténtica, es decir, realizada por el propio legislador, del término organismos públicos, dejando patente la equivalencia conceptual entre dicho concepto y la tradicional denominación de Administración Institucional.

El artículo 43 de la citada Ley 6/1997 señala que los Organismos públicos se clasifican en a) Organismos autónomos y b) **Entidades públicas empresariales**. Las entidades públicas empresariales dependen de un Ministerio o un Organismo autónomo, correspondiendo las funciones aludidas en el apartado anterior al órgano de adscripción del Ministerio u Organismo. Excepcionalmente, podrán existir entidades públicas empresariales cuyos estatutos les asignen la función de dirigir o coordinar a otros entes de la misma naturaleza.

Además, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 25 de febrero de 2003 afirma en su fundamento de derecho Tercero que las entidades públicas empresariales, en cuanto organismos públicos, forman parte de la denominada Administración institucional y les es aplicable la mencionada exención subjetiva.

En este sentido se pronunció la Agencia Estatal de la Administración Tributaria en febrero de 1993, cuando reconoció al Consorcio el derecho a la devolución del ingreso indebido de un importe de 142.500.000 pesetas, al entender que el Consorcio cumple los requisitos para la aplicación de la exención subjetiva del citado artículo 45.I.A).

Igualmente el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Asturias en resolución de 9 de febrero de 2007 señala que es aplicable al Consorcio la exención regulada en el artículo 45.I.A) al considerarse parte de la Administración Institucional del Estado conforme a la Ley 6/1997 LOFAGE y el RD Legislativo 7/2004, de 29 de octubre.

Como consecuencia de lo expuesto resulta evidente que el Consorcio de Compensación de Seguros es una entidad pública empresarial con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, dotada de patrimonio distinto al del Estado, ésto es, es una entidad pública empresarial que, en cuanto organismo público, forma parte de la tradicionalmente denominada Administración Institucional y por lo tanto goza de la exención subjetiva del mencionado artículo 45.I.A). Se trata de una entidad de derecho público que en el desarrollo de las funciones privadas que tiene encomendadas presta un auténtico servicio público, consistente en cubrir riesgos de carácter extraordinario que las entidades aseguradoras privadas no pueden cubrir o no están dispuestas a hacerlo. Aunque parte de su actividad esté sujeta al derecho privado, su naturaleza es muy distinta de la de las sociedades mercantiles participadas mayoritaria o íntegramente por una Administración Pública, porque mientras éstas son personas jurídico-privadas, el Consorcio de Compensación de Seguros es una entidad de derecho público que tiene reconocida por norma de rango legal la condición de entidad pública empresarial y que como entidad de derecho público, tiene la consideración de Administración Pública. Esta diferente naturaleza hace que las sociedades mercantiles participadas mayoritaria o íntegramente por una Administración Pública no deban considerarse incluidas en el concepto de Administración institucional, pues si se hiciera se confundiría Administración Pública con sector público; y , sin embargo, sí quedan incluidas en el concepto de Administración institucional las entidades públicas empresariales. A este respecto resulta ilustrativa la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, de 16 de octubre de 2000, dictada en el recurso de casación nº 4183/1994.

Fdo. Jorge Soriano Barrón
Empleado de la Oficina Liquidadora de Algemesí.

CINDER

Por Francisco Blasco Gascó
Catedrático Derecho Civil. Universidad de Valencia

EL CRÉDITO Y LAS HIPOTECAS: LAS CLÁUSULAS DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

I.- LA RELACIÓN ENTRE EL CRÉDITO GARANTIZADO Y LA GARANTÍA HIPOTECARIA.

1. Introducción.

2. Accesoriedad y libertad contractual.
A) La relación de accesoriedad entre la hipoteca y el crédito.
B) La libertad contractual en la determinación del contenido de la hipoteca.

II. LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY 41/2007, DE 7 DE NOVIEMBRE: EL NUEVO PÁRRAFO SEGUNDO DEL ART. 12 L. H.

1. Contenido y finalidad de la reforma.

2. Alcance del apartado segundo del art. 12 L. H.
A) Alcance subjetivo de la norma.
B) Determinación del ámbito objetivo.
C) Otras cuestiones.

3. Influencia del art. 12 L. H. en la calificación registral.
A) Doctrina de la Dirección General de los Registros.
B) Crítica a la doctrina de la DGRN.

4. Cláusulas financieras abusivas e inscripción registral.

5. "Publicidad con efectos de mera noticia", inscripción parcial y ejecución de la hipoteca.
A) Inscripción parcial o inscripción total pero sin eficacia real.

B) La cuestión tras la reforma del artículo 130 L. H.

6. Breve disección de las cláusulas del préstamo hipotecario.

A) Las cláusulas llamadas de (con) transcendencia real.
B) Las cláusulas de vencimiento anticipado del crédito.
1. Cláusula de vencimiento anticipado con eficacia real.
2. Cláusulas de vencimiento anticipado que carecían de eficacia real (es decir, que antes no se inscribían pero ahora sí).
3. La cuestión tras la modificación del art. 12 L. H.
C) Las cláusulas financieras.

I.- LA RELACIÓN ENTRE EL CRÉDITO GARANTIZADO Y A GARANTÍA HIPOTECARIA

1. INTRODUCCIÓN

La hipoteca es una institución que siempre ha producido cierta fascinación y cierto desasosiego.

La fascinación y el desasosiego tiene su origen en el hecho de que el crédito hipotecario es, si se me permite un símil operístico, *una cosa rara*; o, para el que prefiera el símil cinematográfico*, una extraña pareja* porque los elementos que conforman la pareja del crédito hipotecario viven en mundos distintos:

Él, el crédito, vive en el mundo de la libertad, de la voluntad creadora y generadora de efectos jurídicos (art. 1.255 C.C.), pero también en el mundo de la relatividad (art. 1.257 C.C.). El crédito vive en el mundo del pacto, de la determinabilidad y de la variabilidad.

Ella, la hipoteca, vive en otro mundo, pero están en aquél, en el crédito, porque la hipoteca sola no puede vivir. La hipoteca vive en el mundo de la necesidad, de la absolutividad, de la determinación y de la especialidad.

En la relación entre ambos, la hipoteca vive en función del crédito. Le profesa una fidelidad tal que o sigue al crédito o se muere.

Por tanto, extraño matrimonio en el que conviven: libertad frente a necesidad; relatividad frente a absolutividad; determinabilidad frente a determinación y variabilidad frente a especialización e invariabilidad.

Esta relación entre crédito e hipoteca se ha explicado tradicionalmente en clave de accesoriedad de la hipoteca. Pero me ha parecido siempre una explicación un tanto insatisfactoria porque, aunque la hipoteca nace para garantizar el cumplimiento de un crédito o de una obligación, no es menos cierto que actualmente donde el crédito es normalmente dinerario y el acreedor hipotecario es una entidad crediticia, no es menos cierto, digo, que si no hay hipoteca, no hay crédito.

Por otro lado, convendremos en que todas las ventajas, privilegios y preferencias del acreedor hipotecario las tiene más por hipotecario que por acreedor, aunque la Ley concursal las haya matizado un tanto en los arts 56 y 152 L. C.

2. ACCESORIEDAD Y LIBERTAD CONTRACTUAL

A) La relación de accesoriedad entre la hipoteca y el crédito

La relación entre el crédito y la garantía hipotecaria se ha explicado tradicionalmente en clave de accesoriedad. La hipoteca, se dice y se reitera, tiene carácter accesorio respecto del crédito en cuya garantía se constituyó, de manera que no tiene una existencia independiente del crédito garantizado ni puede pertenecer a persona distinta de su titular. Aquí, accesoriedad significa esencialmente subordinación de la hipoteca al crédito, cuyas vicisitudes le afectan y cuya suerte igualmente corre. Así, la R. 17 de agosto de 1993 (RJ 1993/7116) ha señalado que la accesoriedad e íntima dependencia de la hipoteca respecto del crédito garantizado impide la transmisión separada de aquélla con independencia de éste, a favor de un crédito distinto; y la R. 11 de enero de 1995 (RJ 1995/186), que las vicisitudes del crédito (transmisión, extinción) son vicisitudes del derecho de hipoteca. En este sentido se ha manifestado también la doctrina del Tribunal Supremo y la mayoría de la científica con apoyo positivo en los arts. 1.528, 1.857 y 1.876 C.C., 104 L.H. y 178 y 179 R.H.

El carácter accesorio de la hipoteca se une a la relación causal entre la obligación garantizada y la concreta garantía real, hasta el punto que, según ha manifestado la R. 24 de enero de 1997 (RJ 1997/283), aunque la relación debe presumirse, tanto en su existencia como en su licitud y veracidad, esta abstracción procesal de la causa no es suficiente para que la misma quede garantizada con hipoteca. Efectivamente, si el contrato causal no está determinado en la escritura, se produce una desconexión total entre la hipoteca y el crédito garantizado, en contra del principio de especialidad y del carácter accesorio de la hipoteca respecto del crédito que garantiza. Surgiría, entonces, una hipoteca abstracta; al menos, una hipoteca independiente, al modo de deuda territorial alemana, que no tiene encaje normativo en nuestro Derecho.

La tradicional relación de accesorio a principal y, por tanto, la idea misma de accesoriedad como característica de la hipoteca, ha sido objeto de revisión por parte de un sector doctrinal[1]. Por un lado, se ha planteado la idea del crédito hipotecario como una realidad esencialmente inescindible; por otro, se ha propuesto una relación en clave finalista o de accesoriedad no vinculada entre el crédito y la hipoteca.

Respecto de la primera idea[2], se ha señalado que el principio de accesoriedad parece ceder ante la idea de considerar el crédito hipotecario como una unidad compleja, inseparable en cuanto tal y destinada a cumplir una determinada función económico-social. Gráficamente, no se puede escindir en dos unidades (el crédito+la hipoteca) sin traicionar la esencia de la institución compleja que llamamos crédito hipotecario.

Pero esta explicación no parece correcta, sino más bien una forma, cuanto menos pleonástica o tautológica, de superar el pretendido dogma de la accesoriedad de la hipoteca porque, como ha señalado MONTÉS PENADÉS, llamamos crédito hipotecario, precisamente, a un crédito (normalmente dinerario) cuyo cumplimiento se garantiza con hipoteca[3]. Así, ambos elementos son perfectamente escindibles, sin perjuicio del problema/imposibilidad de supervivencia de la hipoteca sin el crédito.

El carácter accesorio de la hipoteca debe ser entendido, a pesar de la reiterada doctrina registral y jurisprudencial, en sus justos términos, es decir, en términos de finalidad (REY PORTOLÉS[4]) o de

función (la hipoteca desempeña una función de garantía). La hipoteca es un derecho que nace para garantizar un crédito (mejor, para garantizar que, ante el incumplimiento de una obligación y consiguiente frustración del crédito, el acreedor pueda obtener el valor económico de su crédito mediante la realización del valor de un bien del deudor o de un tercero especialmente afectado a esta posibilidad, con preferencia a otros acreedores y mediante unos determinados procedimientos especiales); mas la hipoteca, como derecho real, tiene un valor económico propio, como prueba la posibilidad de hipotecar el propio derecho de hipoteca, y como tal no depende del crédito al que garantiza, es decir, no todas las vicisitudes de éste deben afectar a la hipoteca, ni todas del mismo modo.

Así, nada parece impedir que la afección hipotecaria no alcance al total valor del crédito (aunque no vale al revés, es decir, que lo supere), del mismo modo que se puede otorgar fianza por una parte sola del crédito; como tampoco parece que nada impida que se transmita el crédito sin que se transmita la hipoteca (sino una interpretación del art. 1.528 C.C. en clave exageradamente *accesorista*) o que el acreedor hipotecario ceda la hipoteca a un propio acreedor en garantía de su crédito, de manera que la misma hipoteca, a la vez que garantiza el crédito del acreedor hipotecario, garantiza el crédito de un tercero contra el acreedor hipotecario.

La relación entre el crédito y la hipoteca en clave finalista o de accesoriedad no vinculada ha sido una tesis propuesta por REY PORTOLÉS[5] a la que ha dedicado una profunda reflexión MONTÉS PENADÉS[6]. El primer autor citado ha entendido, con base en el art. 1.528 C.C. (que interpreta como dispositivo) y en los arts. 1.207 y 1.211 C.C. que hay supuestos de subsistencia de los derechos accesorios aunque se haya extinguido la obligación principal, lo que le permite, junto con otros argumentos, concluir que la hipoteca es un derecho distinto del crédito, que tiene un contenido y un objeto diverso así como un diferente régimen de constitución y de extinción. También GUILARTE ZAPATERO ha mantenido que el carácter accesorio de la hipoteca se debe entender en clave de razones funcionales o de cumplimiento de un fin, es decir, que la accesoriedad de la hipoteca da lugar a un nexo de dependencia funcional de la hipoteca al crédito. Ésto significa la necesaria existencia del crédito y demuestra tanto la improcedencia de negar el carácter accesorio de la hipoteca cuanto la inexactitud de afirmar su carácter principal. En definitiva, entiende el citado autor que no procede contemplar separadamente cada uno de los elementos (crédito e hipoteca) que conforman el crédito hipotecario, ni tampoco cabe su estricta consideración unitaria bajo el dogma de la accesoriedad, sino que se trata de una compleja relación formada por el crédito garantizado y la hipoteca[7].

En mi opinión, hay suficientes datos jurídico-positivos y una clara doctrina jurisprudencial y de la Dirección General para mantener la accesoriedad de la hipoteca en la relación con el crédito que garantiza. Pero posiblemente la cuestión no sea tanto determinar si la relación entre el crédito garantizado y la hipoteca que lo garantiza se debe entender en clave de accesoriedad o no, cuanto qué se debe entender, en dicha relación, por carácter accesorio, es decir, qué significa que la hipoteca es accesoria del crédito garantizado.

Así, parece claro que el carácter accesorio de la hipoteca no significa la perfecta asociación entre la relación jurídico-crediticia y la relación jurídico-hipotecaria. Los problemas de indeterminación, si se prefiere, de determinabilidad de la primera (existencia y eficacia definitiva de la obligación, variabilidad de los intereses, determinación última del acreedor...) manifiestan una primera disociación entre el crédito, que es un derecho subjetivo personal, y la hipoteca, que es un derecho real y, como tal, sujeto al principio de especialidad y determinación. El conjunto de problemas que puede plantear esta posible desadecuación se resuelven mediante las llamadas hipotecas de seguridad y,

normalmente, a través de la hipoteca de máximo. Pero junto a los anteriores, hay otros supuestos en que la relación hipotecaria no es espejo (jurídico real) de la relación crediticia (jurídico personal). Sin ánimo exhaustivo se pueden señalar los siguientes:

1. La no coincidencia entre los sujetos de la relación jurídica obligatoria y los de la relación jurídico-hipotecaria, como los casos de hipotecante no deudor o de tercer poseedor de finca hipotecada. Así, los supuestos de venta de finca hipotecada sin asunción de la deuda por el adquirente (art. 118 L. H.) o de adjudicación de la finca ejecutada en virtud de hipoteca en garantía de prestaciones periódicas, si la hipoteca subsiste y se entiende que no hay asunción automática de la deuda por el adjudicatario (art. 157 L. H.). Y también aquéllos en los que el crédito está protegido por una garantía personal (fianza) o la hipoteca se constituye en garantía de letra de cambio por quien no es aceptante de la misma, etc.

2. La constitución de la garantía hipotecaria sometida a un término, inicial o final, distinto del de la obligación. La R. 22 de junio de 1995 (RJ 1995/5329) sólo ha exigido, en este caso, que si se constituye la hipoteca por un plazo determinado, el vencimiento de ésta sea posterior al de la obligación asegurada. Lo usual, aunque no inexcusable, es que esta exigencia se traduzca en que el día inicial del plazo de la hipoteca sea el del vencimiento de la obligación garantizada.

3. La constitución de la hipoteca sujeta a condición suspensiva o resolutoria, sin que dicha vicisitud afecte a la relación crediticia o incluso que en ésta el evento futuro e incierto sea distinto al de la hipoteca. Más aún, puede sujetarse la hipoteca a condición suspensiva y la obligación garantizada a condición resolutoria y, viceversa, aquélla a condición resolutoria y ésta a condición suspensiva.

4. La constitución de la hipoteca en garantía de sólo una parte del crédito, de manera que no todo el crédito quede cubierto con la garantía hipotecaria: claramente, la limitación de intereses del art. 114 L.H. Pero nada impide una limitación convencional de la hipoteca a una parte del crédito (parte del principal, exclusión de los intereses o de una parte o de una clase de los mismos, etc.).

5. La ordenación convencional de la pluralidad de acreedores hipotecarios de manera distinta a cómo se organiza dicha pluralidad subjetiva activa en la relación crediticia. En otras palabras, plurititularidad hipotecaria organizada de modo diferente a la plurititularidad crediticia, en aquellos casos en que sea posible.

6. El hecho de estar sometidos, si se sigue la tesis de JORDANO FRAGA[8], crédito e hipoteca a regímenes de transmisión distintos: el crédito, según el citado autor, circularía de acuerdo con las normas de la cesión de créditos o de los títulos (valores) a los que se incorpora; la hipoteca, aunque se transmita junto con el crédito al que garantiza (es cierto que no se puede transmitir de otra forma, es decir, sin el crédito, pero también es cierto que se puede no transmitir) circularía según su propio régimen de transmisión, que no es otro, como veremos en sede de cesión del crédito hipotecario, que el propio de su constitución como derecho real de realización del valor: título e inscripción.

7. La disociación entre crédito y garantía hipotecaria también se manifiesta en aquellos supuestos de inscripción parcial del crédito, es decir, en los supuestos en que determinados pactos no se inscriben en el Registro de la Propiedad por la ausencia de transcendencia real ex arts. 9 L.H. y 51-6º R.H. Así, determinados pactos sobre vencimiento anticipado del crédito respecto de los cuales, su no inscripción, supone que, verificado el supuesto de hecho del pacto, nos hallemos ante un crédito vencido y exigible, pero no a través de un procedimiento de ejecución hipotecaria (la hipoteca no ha vencido

anticipadamente o, al menos, no es oponible frente a terceros ni *inter partes*) sino a través de un procedimiento ordinario, declarativo o ejecutivo.

8. La posible disociación se manifiesta igualmente en el supuesto de hipoteca constituida en garantía de letra de cambio porque, aquí, lo que se garantiza o asegura no es la relación causal subyacente sino el cumplimiento de la obligación cambiaria o cartular, de manera que se observa una triple superposición de relaciones jurídicas: la relación causal subyacente a la letra de cambio, la relación cambiaria y la relación jurídico-hipotecaria.

9. El distinto plazo de prescripción previsto en los arts. 1.964 C.C. y 128 L.H. para el ejercicio de la acción personal (quince años, salvo que se determine otro plazo) y la acción hipotecaria (veinte años), si se entiende, como aquí se hace, que la prescripción de la acción personal no lleva aparejada la de la acción hipotecaria y que, por tanto, ésta puede subsistir, aunque limitando la responsabilidad del deudor al valor del bien hipotecado.

10. El supuesto en que se extinga el crédito y no se cancele el asiento de inscripción de la hipoteca que lo asegure puede manifestar también una disfunción en la relación entre el crédito y la garantía que se agrava en los supuestos de cesión onerosa del crédito hipotecario, extinguido el crédito, a un tercero de buena fe que quedaría protegido en su adquisición por el art. 34 L.H.

11. Finalmente, la disociación entre crédito garantizado e hipoteca se declara en el supuesto de renovación de letra de cambio garantizada con hipoteca, si se entiende que cabe el pacto de extensión de la garantía real a la nueva letra porque, en este caso, aunque la relación causal siga siendo la misma, la letra de cambio no lo es, sino que es una letra ex novo, y lo que garantiza la hipoteca, como ya se ha señalado, no es la relación causal subyacente sino la propia letra de cambio.

Ahora, tras la reforma del art. 12 L. H. introducida por la Ley 41/2007, se admite en nuestro ordenamiento jurídico la llamada hipoteca flotante o global, que es una de las manifestaciones más conspicuas de la disociación entre un determinado crédito y el derecho real de hipoteca que lo garantiza o, si se prefiere, de entendimiento de la relación de accesoriedad entre crédito e hipoteca no como de subordinación de ésta a aquél sino como relación funcional. La admisión de la hipoteca flotante relativiza enormemente los principios de especialidad y determinación y sus exigencias.

B) La libertad contractual en la determinación del contenido de la hipoteca.

La relación entre el crédito y la garantía hipotecaria se manifiesta claramente en la posibilidad de configurar el contenido de ésta mediante una serie de pactos de naturaleza obligacional, aunque alguno de éstos puede adquirir transcendencia real o eficacia frente a terceros por su acceso al Registro de la Propiedad junto con la inscripción del título constitutivo de la hipoteca. El ordenamiento jurídico contempla expresamente la posibilidad de algunos de tales pactos, otros los prohíbe y, finalmente, respeto de otros no contiene regulación alguna, por lo que, en este punto, es fundamental conocer la doctrina jurisprudencial y las resoluciones dictadas por la Dirección General, las cuales no se suelen pronunciar sobre la validez o no del pacto (no es su cometido, sino de los tribunales de justicia), sino sobre su aptitud para ser inscrito en el Registro de la Propiedad y manifestar, así, una suerte de transcendencia real u oponibilidad *erga omnes*.

GUILARTE ZAPATERO[9] ha estudiado detenidamente los pactos que pueden conformar el título constitutivo de la hipoteca y ha distinguido los siguientes:

1º.- Pactos prohibidos por la ley. Son básicamente el pacto comisorio (art. 1.859 C.C.) y el pacto prohibitivo de posteriores hipotecas (art. 107-4º L. H.). Cabría añadir, a mi entender, el pacto de cesión del crédito o derecho asegurado con hipoteca legal antes "de llegado el caso de exigir su importe" (art. 152 L.H.). Igualmente, cabría añadir los pactos conformados mediante cláusulas abusivas, cuya nulidad establece el art. 83 LGDCU.

2º.- Pactos admitidos expresamente por la ley, entre los que distingue:

a) Los relativos al crédito: los limitativos de la responsabilidad al importe de los bienes hipotecados (art. 140 L.H.); las cláusulas de estabilización; los pactos en garantía de los intereses del crédito; los pactos de distribución del crédito y de la responsabilidad (arts. 119 y sigs. L.H.); y la asunción de deuda en la venta de finca hipotecada (art. 118 L.H.). En mi opinión, cabría añadir la cesión total o parcial del crédito hipotecario (arts.1.112 C.C. y 149 L.H.).

b) Los pactos relativos a la extensión objetiva de la hipoteca (art. 111 L.H.).

c) Los pactos sobre modificación del rango hipotecario (posposición, reserva y permuta ex art. 241 R.H.).

d) Los pactos relativos a la ejecución del bien hipotecado ex arts. 129 y sigs. L.H.

3º.- Pactos no regulados por la ley. Son los siguientes:

a) Los pactos relativos a la garantía de intereses del crédito y otros gastos (intereses de tipo variable, de demora, comisiones, gastos).

b) Pactos sobre vencimiento anticipado[10].

c) Pactos anticréticos.

d) Pactos indemnizatorios por amortización anticipada del capital[11].

e) Pactos que atribuyen al acreedor la facultad de inspeccionar la finca.

Respecto de los señalados por el citado autor, cabría añadir, a mi juicio, el pacto de renovación de las letras de cambio con extensión a las nuevas cambiales de la hipoteca que garantizaba las letras originales.

Parece claro que los pactos expresamente prohibidos y permitidos por la ley no presentan problemas de licitud, sino, en su caso, de subsumisión del pacto al supuesto prohibido o permitido por la norma, de fundamento y de alcance. En cambio, respecto de los pactos no regulados por la ley la cuestión es doble: por un lado, se debe determinar la licitud o no del pacto; por otro lado, la cuestión radica en conocer la eficacia del pacto no inscrito en el Registro de la Propiedad, porque no es bastante, como ha señalado MONTÉS PENADÉS[12], señalar que carecen de transcendencia real sin perjuicio de su eficacia meramente obligatoria. Pero todavía cabe puntualizar, como ha dicho GUILARTE ZAPATERO[13], lo siguiente:

1. La separación jurídica del bien gravado con hipoteca dentro del patrimonio del hipotecante, para afectarlo especial y expresamente al cumplimiento de una obligación, tiene lugar mediante normas de carácter imperativo y, por tanto, limitativas de la libertad contractual de las partes.

2. La accesoriedad de la hipoteca significa dependencia funcional respecto del crédito, por lo que éste debe siempre existir.

3. La función de dotar de seguridad al crédito no impide que la hipoteca se desenvuelva mediante normas propias y autónomas que la disciplinan. Algunas de tales normas tienen carácter imperativo, no consienten pacto en contrario y configuran el llamado orden público inmobiliario;

otras normas permiten el juego de la libertad contractual, siempre con respeto al orden público inmobiliario.

En definitiva, la libertad contractual tiene su propio espacio de actuación en sede de derecho real de hipoteca, pero en ningún caso puede sobrepasar los límites imperativos de la regulación legal básica de la hipoteca. Así, por ejemplo, el principio de especialidad impone la necesaria distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las distintas fincas sobre las que se constituye el derecho real de hipoteca en garantía de un mismo crédito; pero la distribución de dicha responsabilidad pueden hacerla libremente las partes: es imperativo el *an*, es decir, la distribución de la responsabilidad; no lo es la determinación concreta, es decir, el *quantum* de responsabilidad que soporta cada una de las fincas, el cual lo determinan libremente las partes, sin necesidad de ser igual en todas y cada una de las fincas ni de que guarden relación con el valor de mercado de cada una de ellas.

II. LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY 41/2007, DE 7 DE NOVIEMBRE: EL NUEVO PÁRRAFO SEGUNDO DEL ART. 12 L.H.

1. CONTENIDO Y FINALIDAD DE LA REFORMA

La Ley 41/2007 de 7 de diciembre[14] da una nueva redacción al art.12 de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946, modificando y modernizando el párrafo primero, pero introduciendo un nuevo y perturbador párrafo segundo.

Tras la citada reforma el art. 12 L.H. dice que:
"En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración.

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

La introducción del apartado segundo del art. 12 L.H. persigue la finalidad manifiesta de determinar cuál debe ser el contenido del asiento de inscripción de la hipoteca y, de esta manera, procurar la igualación o la concordancia de las diversas calificaciones registrales del préstamo hipotecario, es decir, su uniformización. De este modo, la propia Exposición de Motivos de la Ley dice que las medidas adoptadas están dirigidas a impulsar el mercado de préstamos hipotecarios y su objeto es precisamente determinar el contenido que haya de tener la inscripción del derecho real de hipoteca. Por tanto, se pretende evitar calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa.

Claramente este objetivo se entrelaza con la búsqueda de la seguridad jurídica y de la seguridad del tráfico jurídico, principios ambos estrechamente vinculados a la institución registral. Mas, si se me permite la expresión, dicha seguridad se ha pretendido alcanzar a las bravas, es decir, inscribiendo en el Registro de la Propiedad pactos y estipulaciones que no son propios del derecho

real de hipoteca ni del contenido del asiento de inscripción. De hecho, la norma hubiera podido ser la contraria (que no se inscriba nada más allá del derecho real de hipoteca, sino sólo los pactos con transcendencia real) y no hubiera sucedido nada. Más aún, la norma podría haber sido otra con la que se conseguiría igualmente la uniformización de contenido del asiento de inscripción de la hipoteca sin alterar la función del Registro de la Propiedad. La norma podría haber sido, precisamente, la que determinara qué cláusulas del préstamo garantizado con hipoteca inmobiliaria tienen transcendencia real y permitir la inscripción sólo de tales cláusulas con exclusión de las restantes, sean financieras o no lo sean.

Tales posibilidades se han manifestado a lo largo del complicado *íter* legislativo que aboca en el actual y vigente texto. Efectivamente, en el borrador de anteproyecto el apartado segundo del art. 12 contenía un texto similar al actual: las cláusulas de vencimiento anticipado y las demás financieras se inscribirán una vez hecha la calificación favorable de las cláusulas planteadas con carácter real; las de vencimiento anticipado y demás financieras se inscribirán en los términos que resulten de la escritura de formalización en tanto no sean contrarias a normas imperativas y prohibitivas. Por tanto, sólo cambiaba el último inciso ("en tanto no sean contrarias a normas imperativas y prohibitivas") que no aparece en la redacción actual.

En cambio, el contenido de la norma se modifica en el Proyecto de Ley, en el cual el párrafo segundo del art. 12 disponía que en el Registro de la Propiedad sólo podrán inscribirse las cláusulas del contrato de préstamo o crédito o cualquier otra obligación garantizados con hipotecas previstas expresamente por la ley. La expresión venía explicada en la Exposición de Motivos en el sentido de que la finalidad no era sino establecer como regla general que los únicos contenidos de la inscripción de la hipoteca sean los previstos en el párrafo primero del artículo 12 y nada más. Las demás cláusulas del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, decía expresamente la Exposición de Motivos, no serán inscribibles sino cuando lo dispusiera la ley.

En cualquier caso, y por cualquiera de las dos vías señaladas, la finalidad no era sino uniformar el contenido del asiento de inscripción de la hipoteca excluyendo de la calificación del Registrador las cláusulas financieras, incluidas las de vencimiento anticipado: una vía, mediante su inscripción prácticamente automática; otra vía, mediante su exclusión total del registro. Tanto en una como en otra, tales cláusulas se sustraen de la calificación registral. Es decir, como ha señalado VEGAS TORRES tal vez lo que se pretendía tanto con una redacción como con otra "es terminar con esta selección que hace el registrador y en el borrador del anteproyecto se debería terminar con ésto seguramente, haciendo que todas las cláusulas accedan al Registro y el proyecto ha optado por una solución igualatoria pero en sentido opuesto, que no acceda ninguna"[15].

Al final, la elección del legislador ha sido la propuesta en el borrador del anteproyecto: que se inscriban o transcriban todas las cláusulas financieras, pero ahora sin referencia alguna a las cláusulas contrarias a normas imperativas o prohibitivas. Con ello, el texto definitivo vuelve a la redacción propuesta por el grupo de trabajo que en el que estaban presentes las entidades financieras y la sección hipotecaria, los registradores y los notarios y bajo el auspicio de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el sentido de que era más razonable que se inscribieran en el Registro de la Propiedad las cláusulas financieras según resultan del título y la de vencimiento anticipado, previa la calificación favorable de todas las cláusulas de contenido con carácter real. La redacción última parece que fue propuesta, de nuevo, por la Asociación Hipotecaria.

La redacción definitiva ha venido avalada por algún sector doctrinal, el cual se manifestó en contra del texto que establecía el Proyecto de Ley, es decir, en contra de la propuesta que excluía de la inscripción registral todas las cláusulas financieras y, en general, obligatorias, incluidas las de vencimiento anticipado, salvo las de contenido o transcendencia real y las expresamente permitidas por la Ley.

Así, VEGAS TORRE[16] manifestó su extrañeza por el texto del Proyecto porque, según el citado autor, "en lugar de tratar de sacar el máximo provecho, el máximo beneficio de la publicidad registral, parece orientada (la norma del Proyecto de Ley) en sentido opuesto, a minimizar la información que el Registro proporciona", sin que logre "ver qué beneficio para el interés general supone que toda norma legal debe perseguir esto, qué beneficio para el interés general es el que se pretende con esta disposición limitativa de la publicidad"..., ni "de qué manera una drástica limitación de la información que el Registro proporciona, pueda servir a esta finalidad" (la de impulsar los mercados de préstamo hipotecario). Y concluye que, en su opinión, "si se trata de igualar el tratamiento a efectos de acceso al Registro de las cláusulas, pues es una solución mucho más razonable disponer que accedan todas (*las*) que tienen interés al Registro, porque la solución contraria lo único que hace es favorecer la falta de transparencia, conduce a la inseguridad jurídica y ésto, diga lo que diga la Exposición de Motivos, no puede ser bueno para el funcionamiento de ningún mercado".

En un sentido similar, se pronunció Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO[17] al señalar que, con el texto del Proyecto de Ley, "de alguna manera todo quedará fuera del Registro, desde luego deja de tener sentido toda la doctrina elaborada por la Dirección General de los Registros y el Notariado en cuanto a qué cláusulas sí son inscribibles y cuáles no, porque en definitiva nos da igual porque ya no va a tener acceso al Registro ninguna, lo grave no es que el Registro no contenga información que ya de por sí es grave sino que se le puede ejecutar al adquirente por una información que ni conoce ni ha tenido medios de conocer, salvo que se le enseñe el título, el Registro es público pero no así el título".

Finalmente, también Rafael SANZ COMPANY[18] (Director de los Servicios Jurídicos de Negocio Hipotecario y Contratación Singular en el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria), se muestra partidario con "esa redacción que se propuso en su momento y que ha vuelto la Asociación Hipotecaria a proponer" porque "estaban suficientemente juntos los intereses de todas las partes implicadas en este asunto".

Como fuere, el texto actual deriva de la propuesta elaborada en el borrador de anteproyecto; como ha dicho SANZ COMPANY[19], la redacción no decía ni dice nada más, pero podía haber dicho más: "que esa publicidad de las cláusulas financieras que no tienen carácter real sea a los efectos de publicidad o noticia, pero en cualquier caso éso es así, éso no altera para nada nuestro sistema y éso daba una cobertura suficiente en las necesidades que en ese momento tiene el mercado en cuanto a ésto, porque evidentemente esto a lo mejor puede pensarse que lo que buscaba era cierta protección frente a algunos criterios, permítanme que lo diga, extravagantes cuando menos de calificación que ciertamente son pocos y localizados"[20].

Mas esta publicidad sin trancencencia real, sin eficacia real o sin oponibilidad, esta publicidad a efectos de publicidad o de noticia a que se refiere SANZ COMPANY, y que después ha recogido la Dirección General, no parece un hallazgo muy feliz. Por un lado porque parece resucitar la figura de las menciones que intentó eliminar, a mi juicio con buen criterio, aunque aún quede alguna, la reforma de la Ley Hipotecaria de 1946. Efectivamente, la Exposición de Motivos del Decreto de 8 de febrero

de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria dice expresamente que la mayor brevedad de los asientos del Registro es una aspiración expresada por el legislador en armonía con las exigencias modernas, que requieren la máxima sencillez y claridad en las fórmulas de la inscripción. Por eso, el texto hipotecario de 1946 simplificó no sólo la redacción de los asientos principales, en los que se refleja el historial del dominio y de los derechos reales sobre inmuebles, sino también la del asiento de presentación, cuya importancia es tan capital en nuestro sistema inmobiliario. Igualmente, para contribuir a la claridad del registro y facilitar su publicidad y directa accesibilidad al conocimiento de los interesados se buscó la redacción al mínimo de los requisitos formales de todos los asientos, la supresión de las menciones del derecho que pueden y deben ser objeto de inscripción esencial y a la eliminación de los derechos de naturaleza netamente personal u obligacional del ámbito inmunizante del Registro[21].

Por otra parte, la norma parece superar, al menos para la inscripción de la hipoteca en garantía de préstamo, la doctrina tradicional tanto científica, como jurisprudencial y del propio Centro Directivo que distingue los pactos con transcendencia real y los meramente obligatorios, admitiendo la inscripción de los primeros y negando la de los segundos por su eficacia meramente personal. Ahora, el apartado segundo del art. 12 L. H. impone que en la inscripción del derecho de hipoteca conste el contenido de la obligación garantizada, al menos los pactos obligatorios que inciden directamente en la configuración de la hipoteca, como son los financieros. Tales pactos se inscriben por su determinación en la cuantía de la obligación garantizada o por su determinación en la ejecución de la garantía hipotecaria. Ahora, se ha afirmado, todo se inscribe, lo real y lo personal; pero los pactos personales careciendo de transcendencia real aunque se inscriban, es decir, como mera publicidad, con efecto de mera noticia. Mas esta afirmación queda claramente desmentida, como veremos, por el contenido que deriva de la nueva redacción que la misma Ley 41/2007, de 7 de diciembre da al art. 130 L. H.

Como fuere, la norma no parece que presente una redacción muy afortunada y una mera lectura de la misma ya pone de relieve determinadas cuestiones.

2. ALCANCE DEL APARTADO SEGUNDO DEL ART. 12 L. H.

A) Alcance subjetivo de la norma.

La primera cuestión que se debe abordar se refiere al ámbito subjetivo de la norma: la previsión normativa se refiere a las hipotecas a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario[22]. Es cierto que estadísticamente no cabe duda alguna de que tales entidades en la práctica copan el mercando hipotecario; también parece fuera de toda duda la influencia de tales entidades y su manifiesto interés en que se dictara una norma de este tipo; pero ¿por qué la norma se destina sólo a las hipotecas otorgadas a favor de estas entidades y no al resto de hipotecas?

Se debe hacer notar que el texto normativo no se cohonesta con el texto expositivo de la Ley 41/2007. Efectivamente, en la Exposición de Motivos la limitación subjetiva a ciertas entidades de crédito se predica de las hipotecas flotantes o llamadas en el citado texto de máximo. Y lo justifica en el hecho de que tales entidades están sujetas a mayor control. Expresamente, dice la Exposición de Motivos

Lo que se pretende... es generalizar la posibilidad de garantizar con hipoteca de máximo otras muy diversas relaciones jurídicas, si bien se ha considerado conveniente limitarlo a las entidades de crédito y no a cualquier acreedor, dada la especial normativa de supervisión a la que están sometidas aquéllas.

Sin embargo, el texto normativo no limita a las entidades de crédito la posibilidad de constituir hipotecas de máximo, pues el párrafo primero del art. 12 L. H. no establece límite subjetivo alguno.

En cambio, la limitación subjetiva aparece en el párrafo segundo, es decir, el destinado a precisar el contenido del asiento de inscripción del derecho real de hipoteca. Mas dicha limitación no aparece prevista ni anunciada en el Exposición de Motivos de la Ley. De este modo, nos hallamos con lo siguiente:

1. Si la hipoteca se constituye a favor de un particular.- Se puede constituir como hipoteca flotante o de máximo; pero el Registrador no inscribirá las cláusulas que carezcan de contenido real, incluidas las financieras y las de vencimiento anticipado.

2. Si se trata de una hipoteca en garantía de un préstamo en favor de una entidad de crédito (de las del art. 2 L.M.H.).- Se puede constituir hipoteca flotante, y además el Registrador inscribirá incluso las cláusulas que carezcan de contenido real, siempre que sean financieras incluidas las de vencimiento anticipado.

B) Determinación del ámbito objetivo.

La segunda cuestión se refiere al ámbito objetivo: el apartado segundo del art. 12 L. H. parece estar pensando exclusivamente en la hipoteca que garantiza un préstamo dinerario. De hecho, la Exposición de Motivos de la Ley de reforma dice que las medidas adoptadas están dirigidas a impulsar el mercado de préstamos hipotecarios. Por tanto, claramente están excluidas las hipotecas que se constituyan en garantía de otro tipo de obligaciones. Es cierto que las obligaciones no dinerarias garantizadas con hipoteca no contienen cláusulas financieras, pero sí pueden establecer cláusulas de vencimiento anticipado. Entonces el Registrador deberá calificar el contenido real de tales cláusulas.

Por otro lado, también cabe cuestionarse si la norma se refiere sólo a los préstamos o, en general, a cualquier contrato de financiación, como los contratos de apertura de crédito, pólizas de descuento, etc., con tal de que el cumplimiento esté garantizado con hipoteca.

La cuestión planteó también con la Ley 2/1992 LSMPH, cuyo art. 1 parece limitar el ámbito de aplicación de la misma sólo a los préstamos hipotecarios[23]: la subrogación, dice el art. 1-2, será de aplicación a los contratos de préstamo hipotecario, cualquiera que sea la fecha de su formalización y aunque no conste en los mismos la posibilidad de amortización anticipada.

De este modo cabría plantearse el alcance y sentido de esta limitación, es decir, si otros "productos" financieros distintos del préstamo, pero garantizados también con hipoteca están sujetos al texto del art. 12, apartado segundo L. H. En caso negativo, ¿por qué sólo los préstamos hipotecarios y no las aperturas de crédito o los llamados ahora créditos abiertos, totales o patrimoniales garantizados con hipoteca o la hipoteca en garantía de cuenta corriente? No es éste el momento para distinguir entre préstamos y crédito, distinción que queda prácticamente minimizada cuando el crédito ha sido

objeto de disposición y reducida al hecho de que el préstamo es objeto de disposición única y el crédito de disposición continuada con posibilidad de redisponer de las cantidades amortizadas. Pero sí se debe afirmar que no hay razón alguna que impida que, tanto los préstamos como los créditos con garantía hipotecaria, se sometan al dictado del art. 12 L. H.

Así, la cuestión se puede plantear respecto de las operaciones crediticias garantizadas con hipoteca que no responden en el lenguaje bancario al *nomen iuris* de préstamo, pero que realizan la misma función. Se trata, en definitiva, de todos aquellos supuestos en que el crédito esconde realmente un préstamo o en los que el llamado contrato de crédito, llamado abierto, total o patrimonial, con garantía hipotecaria es ofrecido a los clientes como sucedáneo del préstamo tradicional, escondiendo en realidad un préstamo sucesivo o varios préstamos instrumentados en cuenta corriente, cuyo saldo garantiza la hipoteca, (posiblemente con la única finalidad de impedir su sujeción a la LSMPH, aunque tales productos son anteriores a la Ley 2/1994, su comercialización ha sido posterior). En tales casos, hay que tomar en consideración que cada disposición funciona como un préstamo independiente, expresamente autorizado, con su propios intereses y su propio cuadro de amortización y cuyo incumplimiento puede provocar la ejecución de la garantía por el todo. La hipoteca garantiza el resultado final de una cuenta, y dicho saldo se conforma con el de todos los préstamos obtenidos

Diversos son los verdaderos y auténticos contratos de apertura de crédito, típicos del ámbito empresarial y comercial y cuyo función es distinta de la del préstamo.

Efectivamente, la distinción entre el préstamo y el contrato de (apertura de) crédito no se puede limitar a las notas de realidad y unilateralidad del préstamo frente a consensualidad y bilateralidad del crédito. Es cierto que con aquellas notas configura el código civil en los arts. 1.740 y sigs. el contrato de préstamo mutuo. Pero posiblemente no sea menos cierto que lo hace así por ser la hipótesis más normal.

Tradicionalmente se ha discutido el carácter real o consensual del contrato de préstamo mutuo. El art. 1.740 C.C. parece responder a la idea romanista de la perfección del mutuo mediante la entrega del dinero u otra cosa fungible al decir que por el contrato de préstamo una de las partes *entrega* a la otra... Así, mientras no haya entrega no hay contrato: ni el prestamista estará obligado a entregar ni el prestatario estará obligado a restituir (SSTS 4 de mayo de 1943 y 14 de abril de 1986). Sin embargo, la definición normativa no recoge sino la hipótesis normal: nada se opone a que las partes se obliguen, una a entregar una determinada cantidad de dinero y, la otra, a devolver otro tanto, en el tiempo y en la forma estipulados, previa la recepción de dicha cantidad. En este caso, el contrato de préstamo mutuo es consensual: queda perfecto por el consentimiento de las partes, sin que sea necesaria la entrega de la cosa fungible (cfr. arts. 1.254, 1,255 y 1.258 y, en jurisprudencia, STS 4 de enero de 1894). Ningún precepto prohíbe o limita el carácter consensual del mutuo. Obviamente, configurado como contrato consensual surgen obligaciones para ambas partes, pero la del prestatario (la de devolver) queda causalmente sujeta al cumplimiento de la del prestamista (la de entregar).

La configuración del mutuo como contrato consensual puede ser, en la actualidad, una exigencia del sistema económico. Efectivamente, si éste se sustenta en una economía industrial a gran escala, el empresario debe prever las necesidades y costes de los factores de producción, es decir, de la tecnología, y conocer de antemano su capacidad de endeudamiento y sus fuentes de financiación, es decir, las posibilidades futuras de recibir dinero a préstamo y asegurarse de ello. Ésta es la función básica que realiza el mutuo consensual: protege no sólo el interés del prestamista o mutuante (a la

devolución de la cantidad dineraria) sino también el del prestatario o mutuatario a recibir dicha cantidad y aumentar así su disponibilidad económica.

Todo lo anterior no significa que préstamo y crédito sean lo mismo, sino que las diferencias se deben buscar realmente en la función económica que desarrolla cada figura, pues una vez dispuesta la cantidad dineraria y en la medida en que se dispone, poca diferencia hay entre el préstamo y el crédito (quizás sólo la facultad del acreditado de re-disponer de las cantidades amortizadas). Además, nada impide a las entidades de crédito ofrecer a sus clientes "productos financieros o crediticios" tradicionalmente reservados a los empresarios o comerciantes como los contratos de apertura de crédito o determinadas pólizas de descuento… Efectivamente, el préstamo tiende a subvenir necesidades monetarias de presente y normalmente perentorias derivadas de las adquisición de bienes. El préstamo es un crédito de o para el consumo inmediato. Por eso, lo normal es la disponibilidad actual, total, en un solo acto de la cantidad dineraria objeto del préstamo, con la finalidad de pagar otra deuda. En cambio, el crédito obedece esencialmente a la idea de programación económica, de previsión empresarial o comercial. El empresario o el comerciante, en el proceso de producción y distribución de los bienes y los servicios, debe hacer un previsión de gastos y liquidez y una provisión, por tanto, dineraria o de crédito que le permita afrontar con solvencia los momentos de falta de liquidez o que le permita ir adquiriendo la liquidez en la medida en que la necesita. Por eso, se acude al crédito no cuando hay una necesidad económica de presente sino como elemento de seguridad y certidumbre económica en la programación de la producción o distribución de los bienes. En los supuestos de necesidad económica no se acude al crédito sino a la disposición del crédito ya obtenido.

Pero la cuestión no es tanto si los verdaderos contratos de apertura de crédito quedan excluidos. La cuestión es si la exclusión alcanza a determinados llamados contratos de crédito con garantía hipotecaria que pueden esconder realmente préstamos hipotecarios múltiples o sucesivos, como sucede con los denominados créditos abiertos, totales o patrimoniales, según la entidad financiera que los ofrezca.

En relación con la Ley de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios, se han pronunciado en contra, en el ámbito de sus competencias, tanto la Dirección General de los Registros y del Notariado (respecto de los aranceles de notarios y registradores) en R. 12 de mayo de 1997, cuanto la Dirección General de Tributos (respecto de los beneficios fiscales)[24]. En ambos casos se ha partido de una interpretación restrictiva, estrictamente gramatical e impeditiva de la aplicación analógica con base en el art. 23 LGT. Pero la cuestión dista mucho de quedar claramente definida[25].

C) Otras cuestiones

Antes de entrar en un análisis del contenido material del precepto, llama también la atención la redacción del mismo. Por un lado, individualiza las cláusulas de vencimiento anticipado entre las cláusulas financieras, cuando entre ambas parece claro que hay una relación de género (las financieras) a especie (las de vencimiento anticipado). Posiblemente la cuestión estribe precisamente en la propia individualidad y problemática de las cláusulas de vencimiento anticipado y en evitar la disputa acerca de si tales cláusulas son o no son cláusulas financieras.

Por otro lado, el legislador parece ligar la suerte de tales cláusulas y demás financieras a la calificación registral favorable de las cláusulas de transcendencia real. Así, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, dice la norma, aquellas cláusulas se harán

constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización. Más allá de determinar cuáles son las cláusulas financieras, la norma plantea al menos tres cuestiones:

1. ¿Qué sucede si no todas las cláusulas de (con) transcendencia real se califican favorablemente? ¿Se inscribirán las de vencimiento anticipado y las demás financieras? Posiblemente aquí la solución debe buscarse en la inscripción o no del derecho real de hipoteca. Si se produce la inscripción del mismo aunque sea parcial, se deberán inscribir también las cláusulas financieras.

2. Si la calificación afecta sólo a las cláusulas de transcendencia real, sin que se deban calificar las de vencimiento anticipado y demás financieras. Aquí el problema es determinar qué ocurre con aquellas cláusulas de vencimiento anticipado sin transcendencia real que antes no se inscribían y ahora sí: la verificación del hecho que provoca el vencimiento anticipado, ¿legitima el ejercicio de la acción hipotecaria? Se produce el mismo problema que antes con la eficacia de las cláusulas no inscritas pero ahora con la inscripción de dichas cláusulas.

3. ¿Qué significa la expresión "se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización"? Es decir, ¿se transcriben o se inscriben?

La cuestión, por tanto, no se limita a si la reforma se limita a afectar al art. 9 L. H. en relación con el apartado segundo del art. 12 L. H., sino también si la introducción de este nuevo apartado afecta al alcance o ámbito del art. 18 L. H.

3. INFLUENCIA DEL ART. 12 L. H. EN LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

En nuestro sistema jurídico registral, en el que la inscripción dota de efectos frente a terceros a cuanto publica el Registro, haciéndolo oponible, y en el que los asientos registrales se presumen exactos, es decir concordantes con la realidad jurídica, parece claro que es una exigencia insoslayable del principio de legalidad que los títulos que pretenden acceder al Registro de la Propiedad sean, tanto en sentido formal como material, no sólo válidos y eficaces sino también susceptibles de publicidad tabular. La verificación de la concurrencia de tales requerimientos la realiza el Registrador de la Propiedad, con sometimiento al ordenamiento vigente, de acuerdo con el art. 18 L. H. y bajo su propia responsabilidad (arts. 296 y sigs. L. H.). Por tanto, en primer lugar, el Registrador debe determinar si un determinado título es susceptible de publicidad registral de acuerdo con el art. 2 L. H. y concordantes de la propia Ley y del Reglamento. Como ha dicho Gómez Gálligo, la calificación en el orden registral inmobiliario supone la determinación de si el concreto acto o contrato (título tanto en sentido formal como en sentido material), presentado al Registro de la Propiedad, reúne o no los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para su validez y para su eficacia frente a terceros. De este modo, al Registro sólo tienen acceso y sólo se benefician de la protección registral los títulos válidos y perfectos. La calificación, por tanto, es esencial para que exista un sistema eficiente de seguridad jurídica preventiva, que a su vez es presupuesto necesario para el desarrollo económico. Mediante la calificación, concluye Gómez Gálligo, los títulos defectuosos son rechazados del Registro, bien de manera definitiva, bien con carácter provisional; y si se juzgan válidos, el registrador procede a la inscripción de su contenido que tenga trascendencia real[26].

Así, como ha señalado la doctrina[27], el ámbito sobre el que puede recaer la calificación registral es muy amplio, pues, según dispone el art.18 LH se extiende a la legalidad de las formas extrínsecas

de los documentos en cuya virtud se solicite la inscripción; a la capacidad de los otorgantes; y a la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas (arts. 18 LH y 101 RH). Así, salvo los casos de documentos administrativos y de documentos judiciales, donde queda más delimitado el objeto de la calificación, se puede decir que la competencia del Registrador es muy amplia, pues ni siquiera puede ser limitada por los interesados en la inscripción, cuando pretenden excluir de la calificación determinadas cláusulas, (R. 27 de noviembre de 1987).

Por tanto, no cabe duda alguna de que la calificación del Registrador debe alcanzar no sólo la idoneidad del título y el derecho para acceder al Registro y el cumplimiento de los requisitos formales del título sino también la validez del acto que en el mismo se contiene. Y para ello, debe tomar en consideración, como recuerda la autora citada: la capacidad de los otorgantes, su legitimación, su disponibilidad de los bienes y derechos; el cumplimiento de la normativa aplicable al tipo de negocio que se quiere inscribir, así como las normas que regulan el derecho sobre el que recae; o la posible concurrencia de cualquier otra causa de invalidez.

Desde esta perspectiva, el apartado segundo del citado art. 12 L. H. impone, por tanto, una nueva reflexión acerca de la relación entre el crédito o los pactos obligacionales y la hipoteca en orden al acceso al Registro de la Propiedad de los primeros, es decir, en orden a la determinación del contenido del asiento de inscripción y, por tanto, en orden también al alcance de la calificación del registrador.

La norma tiene por objeto el contenido del asiento de inscripción o, si se prefiere, las circunstancias de la inscripción, por lo que la concordancia o vinculación entre el art. 12, apartado segundo y el art. 9 L.H. es clara.De hecho, el último inciso del art. 9 L.H. parece cohonestarse actualmente con el párrafo segundo del art. 12 L. H., pues el art. 9 L.H. acaba diciendo que lo dispuesto en el mismo se entiende sin perjuicio de lo especialmente establecido para determinadas inscripciones, como es ahora el caso del citado apartado segundo del art. 12.

Pero no se puede ignorar que dicha concordancia afecta también a la calificación, al alcance o al objeto de la calificación. Es cierto que el art. 18 L.H. no ha sido modificado y que, por tanto, el Registrador continúa calificando, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro. Pero la nueva redacción del art. 12 L. H. sustrae de dicha calificación algunos aspectos.

De hecho, una interpretación literal del apartado segundo del art. 12 L.H. parece sustraer absolutamente de la calificación del Registrador las cláusulas financieras y, entre éstas, las de vencimiento anticipado. Es decir, que la pretendida homogenización del contenido de la inscripción del derecho de hipoteca se pretende lograr mediante la transcripción directa y completa de las cláusulas financieras, las cuales no son ni pueden ser objeto de calificación. Ésta sólo puede tener por objeto las cláusulas con transcendencia real, es decir, las que configuran el derecho real de hipoteca. El resto de pactos que conforman el préstamo hipotecario o no se inscriben (si no son cláusulas financieras) o se transcriben tal y como resultan del instrumento público que las autorizó porque, como dice la Exposición de Motivos, las medidas contenidas en la ley de reforma van dirigidas a impulsar el mercado hipotecario de préstamos hipotecarios y tienen por objeto precisar el contenido que haya de tener la inscripción del derecho real de hipoteca, evitando calificaciones registrales

discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa".

A) Doctrina de la Dirección General de los Registros.

Esta tesis, a mi juicio no bien orientada, vendría abonada además por cierta doctrina de la Dirección General que limita la calificación registral a las cláusulas con transcendencia real. Así, ya en la R. 19 de abril de 2006, la Dirección General mantuvo que por imperativo del artículo 18 de la Ley Hipotecaria el registrador sólo podía calificar las cláusulas de trascendencia jurídico real inmobiliaria, debiendo comenzar su examen, como *prius* lógico de su actuación, determinando qué cláusulas tienen tal carácter y deben ser calificadas y, en su caso inscritas, y cuáles son de carácter financiero y quedan vedadas a su calificación. En concreto, se afirmaba en dicha solución que "la calificación que debe efectuar el registrador, como núcleo de su función pública, tiene una premisa previa y es que la misma se extiende a aquellos pactos que tienen trascendencia jurídico real inmobiliaria, ya que son los únicos que deben acceder al Registro de la Propiedad; de ese modo, calificación, como actuación jurídica que, primero ha de depurar lo que tiene tal trascendencia y lo que no y, segundo, como control de legalidad para determinar si lo inscribible puede acceder al Registro, constituyen el marco y límites a que debe sujetarse la actuación del funcionario calificador".

Esta tesis se mantiene ahora en las controvertidas Rr. 21 de diciembre de 2007 en las que se circunscribe la actuación del registrador al contenido de su función –calificación del contenido de los actos y negocios jurídicos y de las cláusulas de contenido real inmobiliario (artículo 18 LH)–, porque así se deriva del ámbito objetivo al que se refiere la inscripción en el Registro de la Propiedad (artículos 1 y 2 LH y 4 y sigs. R.H.), así como de los efectos de ésta –publicidad *erga omnes* de tales derechos reales inmobiliarios–, mientras que, como dice la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007 de 7 de diciembre, las demás cláusulas financieras, tales como las relativas al vencimiento anticipado, garantizadas por hipoteca, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización, pero ello siempre que se haya obtenido la calificación registral favorable de las cláusulas de contenido real.

De este modo, dice el Centro Directivo, respecto de la hipoteca, sea quien sea el acreedor en cuyo favor se haya constituido y como regla general, el registrador sólo puede calificar y, por tanto inscribir si su calificación es favorable, las cláusulas de trascendencia jurídico real inmobiliaria, las cuales son el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados,o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración (art. 12, párr. primero LH).

La tesis la concluye el Centro Directivo afirmando que "lo que sucede es que como excepción y, resultando aconsejable para el tráfico jurídico por la publicidad con efectos de mera noticia que dimana del asiento registral, respecto de las cláusulas que carecen de dicho contenido real, la Ley 41/2007 en la modificación del artículo 12 LH ha incluido un párrafo segundo que permite que, respecto de las hipotecas constituidas a favor de las entidades financieras a que se refiere la Ley 2/1981, de 25 de marzo, además puedan hacerse constar en el Registro las cláusulas financieras, incluidas las de vencimiento anticipado, aun cuando carezcan de trascendencia real inmobiliaria y queden extramuros de la calificación".

Respecto de tales cláusulas financieras la función del registrador se limitaría, pues, a hacerlas constar en el asiento, ésto es, a transcribir sin más las mismas, siempre que las de trascendencia

jurídico real inmobiliaria (que no son otras que las enumeradas en el párrafo primero del artículo 12 LH) hubieran sido calificadas favorablemente.

De este modo, la reforma de la Ley Hipotecaria acoge la tesis expuesta por la Dirección General, entre otras en la Resolución de 19 de abril de 2006, con el argumento de la armonización de la función calificadora con el que llama sentido y contenido de la misma, permitiendo que para determinadas hipotecas, en concreto, las constituidas a favor de determinadas entidades financieras, por razón de su especialidad y generalidad, además se transcriban en el asiento registral las cláusulas financieras.

B) Crítica a la doctrina de la DGRN

Mas esta tesis no parece muy clara. Es cierto que tradicionalmente, el Registro de la Propiedad ha ido asumiendo funciones que van más allá de publicar los derechos reales con los efectos propios de la inscripción. De entrada, se debe recordar que en el Registro de la Propiedad no se inscriben sólo y exclusivamente actos y negocios con transcendencia real. Una mera lectura del art. 2 L. H (contrato de arrendamiento), o del 14 R. H. (contrato de opción), así lo pone de manifiesto. Por tanto, ceñir la calificación registral a los actos con transcendencia real es reducir el ámbito de la misma pues al Registro acceden actos y negocios de naturaleza personal u obligacional a los que dota de eficacia real o de oponibilidad frente a terceros yobviamente no quedan exentos de calificación registral ni se sustraen a la misma.

Asimismo, la reforma no ha modificado un ápice del cuanto dice el art.18 L.H. y, por tanto, el Registrador debe calificar, bajo su responsabilidad, validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro.

Igualmente, llama poderosamente la atención la expresión del Centro Directivo cuando dice que "como excepción y, resultando aconsejable para el tráfico jurídico por la publicidad con efectos de mera noticia que dimana del asiento registral". ¿Qué publicidad es ésta que tiene efectos de "mera noticia"? ¿Significa que la inscripción de las cláusulas financieras no tendrá eficacia real y no serán oponibles a terceros? Y si es así, ¿por qué o para qué se inscriben? ¿Se trata de meras menciones? En cualquier caso, el tercero no podrá invocar buena fe, pues las cláusulas obligacionales constan en el Registro y, por tanto, le serán oponibles. Cuestión distinta, como veremos, es que el incumplimiento de tales pactos o la verificación del supuesto de hecho del mismo permita el ejercicio de la acción hipotecaria que, como se sabe es una acción real. No digo que el sistema no se deba modificar ni que deba modificarse, sino que una modificación tan profunda del sistema registral inmobiliario debería hacerse por otro camino porque además se trata de una modificación parcial que sólo afecta al derecho real de hipoteca y no al resto de derechos reales. ¿Se inscriben entonces los pactos de vencimiento anticipado que se puedan aponer en los títulos constitutivos de otros derechos reales?

A mi entender, un acceso indiscriminado al registro de tales cláusulas a efectos de mera noticia supone desvirtuar y degradar la función del registro. La reforma del art. 12 apartado segundo L. H. supone una devaluación importante y a mi juicio grave de la institución registral.

En un préstamo hipotecario podemos encontrar varios tipos de cláusulas; básicamente, de acuerdo con la expresión tradicional, cláusulas obligacionales o personales y cláusulas reales; y, entre aquéllas, financieras y no financieras. Si se quiere, podemos encontrar cláusulas que inciden directamente en la garantía real y otras que no. Aquellas deberían inscribirse en el Registro, previa

calificación del Registrador, que determina, ante todo, su carácter real; pero las que no inciden no deberían inscribirse y, si se inscriben, será siempre previa la calificación de validez del Registrador. Pretender que algo se inscriba directamente en el Registro, sin un previo y mínimo control del Registrador, me parece lanzar un torpedo a la línea de flotación de la institución registral tal y como se halla actualmente configurada en nuestro ordenamiento jurídico. El Registro de la Propiedad no es un escaparate donde acceden derechos a "meros efectos de noticia". El Registro otorga a cuanto se inscribe una determinada protección y una determinada eficacia que va más allá del mero dar noticia. No digo que situaciones personales o meramente obligatorias no deben acceder al Registro. De hecho, como he dicho, el Registro no se conforma exclusivamente con situaciones reales. Mas a las situaciones jurídico-personales que acceden les otorga una determinada eficacia que llamamos eficacia real y que esencialmente significa que son oponibles a terceros, aunque sigan siendo derechos personales, como la opción o el arrendamiento. Inscribir "a efectos de mera noticia" no está muy claro qué significa, sobre todo si se interpretan conjuntamente el art. 12 apartado segundo y el art. 130 L. H.

A pesar de la redacción literal del art. 12 apartado segundo L. H., la calificación registral alcanza a todas y cada una de las cláusulas que pretenden acceder al Registro, pues no se puede pretender que el art. 12 L. H. haya excluido alguna de tales cláusulas de la calificación *ex* art. 18 L. H. Por tanto, desde esta perspectiva, el art. 12-II L. H. no modifica la calificación registral y el Registrador debe calificar la validez de todos los actos dispositivos cuya inscripción le haya sido solicitada. A mayor abundamiento, la propia Exposición de Motivos de la Ley ratifica la labor del Registrador, como operador jurídico, en el sentido de "facilitar el acceso al Registro de los títulos autorizados por los medios legales existentes, para lograr que la propiedad y los derechos reales sobre ella impuestos queden bajo el amparo del régimen de publicidad y seguridad jurídica preventiva, y disfruten de sus beneficios, de conformidad, en todo caso, con las disposiciones legales y reglamentarias que determinen el contenido propio de la inscripción registral, los requisitos de su extensión y sus efectos".

Pero la reforma del art. 12 L. H. configura un nuevo alcance de la calificación del registrador restringiéndola respecto de la inscripción del préstamo hipotecario. El Registrador continúa calificando bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro. Sin embargo, la propia Ley (actual art. 12 L. H.) determina el alcance de dicha calificación respecto de la escritura en que se formaliza el préstamo hipotecario al establecer la inscribibilidad de las cláusulas financieras y, señaladamente, las de vencimiento anticipado. Es decir, el legislador expresamente permite el acceso al Registro de la Propiedad de pactos obligacionales, los cuales una vez inscritos tendrán eficacia real, entendida aquí como oponibilidad, aunque no pierdan su naturaleza obligacional, como sucede con el pacto o contrato de opción o con la inscripción de los arrendamientos.

Por tanto, respecto de las cláusulas financieras, la norma impide que el Registrador no las inscriba so pretexto de su carácter obligacional y no real. Sin embargo, esta afirmación no significa que tales cláusulas queden exoneradas de la calificación registral: la naturaleza real de las mismas es sólo un aspecto de la calificación, pues ésta también alcanza a su legalidad y validez. De este modo, el registrador deberá verificar si se trata de un pacto válido o nulo, si se trata de una cláusula abusiva, si es una condición general proscrita, etc.

Se puede concluir, pues, que el apartado segundo del art. 12 L. H. no modifica el art. 18 L. H., pero sí afecta al alcance de la calificación en orden a determinadas cláusulas puestas en un contrato de

préstamo hipotecario: las cláusulas financieras no pueden excluirse de la inscripción por su naturaleza obligacional, pero sí por su invalidez, nulidad, etc. Así, por ejemplo, el pacto por el que la entidad acreedora capitalice los intereses, comisiones y los gastos: es doctrina del Centro Directivo, en el ámbito hipotecario o de actuación de la garantía constituida, que los intereses sólo pueden reclamarse en cuanto tales y dentro de los límites legales y pactados, pero nunca englobados en el capital, como resulta claramente del principio registral de especialidad que en el ámbito del derecho real de hipoteca impone la determinación separada de las responsabilidades a que queda afecto el bien por principal y por intereses, diferenciación que en el momento de la ejecución, por ejemplo, determina que el acreedor no puede pretender el cobro del eventual exceso de los intereses devengados sobre los garantizados (art. 692-1 LEC) con cargo a la cantidad fijada para la cobertura del principal, ni a la inversa(Rr. 19 de enero y 16 de julio de 1996 y 21 de diciembre de 2007).

La propia Dirección General, en las controvertidas Resoluciones de 21 de diciembre de 2007, ha recordado su doctrina acerca de las exigencias del principio de especialidad, el cual impone la exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho que ha de inscribirse (cfr. artículos 9.2 L. H. y 51.6 R. H.), lo que tratándose del derecho real de hipoteca, y dado su carácter accesorio del crédito garantizado (arts. 104 L. H. y 1.857 C.C.), exige, como regla general, la precisa determinación de la obligación a la que sirve.

En definitiva, el Registrador debe calificar la validez de todas las cláusulas y pactos apuestos en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria, incluida la validez de las cláusulas financieras. No se trata de que el Registrador declare la nulidad de una determinada cláusula, pues no es su función, sino de que la califique negativamente y no proceda a su inscripción en caso de que entienda que es nula por ser contraria a norma imperativa o prohibitiva, por ser abusiva o por haber sido previamente declarada nula por sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales. Lo que no puede hacer ahora es denegar la inscripción de una determinada cláusula por el mero hecho de ser financiera y, por tanto, meramente obligatoria.

4. CLÁUSULAS FINANCIERAS ABUSIVAS E INSCRIPCIÓN REGISTRAL

Como se ha señalado, la propia Exposición de Motivos manifiesta que las medidas contenidas en la ley de reforma se dirigen a impulsar el mercado hipotecario de préstamos hipotecarios y tienen por objeto precisar el contenido que haya de tener la inscripción del derecho real de hipoteca, evitando calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa.

Por tanto, la propia Ley 41/2007 reconoce que actualmente el préstamo hipotecario es un supuesto de contratación en masa y, por tanto, de contratación adhesiva[28]. Efectivamente, la entidades crediticias suelen redactar unilateralmente las cláusulas financieras y reales que conforman el contrato de préstamo hipotecario. La contratación en masa exige la uniformidad contractual, por lo que muchas de tales cláusulas se configuran como condiciones generales de la contratación[29]. Así, parece claro que los préstamos hipotecarios, como otros contratos celebrados entre entidades financieras o crediticias y los particulares usuarios o consumidores, están sujetos a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación y a la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios, cuyo texto refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Igualmente, algunos de tales préstamos hipotecarios (cuando el prestatario es un consumidor y se reúnen los demás requisitos exigidos en la propia ley) estarán sujetos a la Ley

7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al consumo, con exclusión de los arts. 6 a 14 y 19, como dispone el art. 2-2 LCC.

Se puede, pues, concluir que la contratación de préstamos hipotecarios es una contratación en masa, conformada con contratos de adhesión en los que se aponen condiciones generales de la contratación, es decir, como las define el art. 1-1 LCGC, con cláusulas predispuestas redactadas con la finalidad de ser incorporadas a un pluralidad de contratos y cuya incorporación al contrato es impuesta por una de las partes, con independencia de su autoría material, su apariencia externa, de su extensión y de cualquier otra circunstancia, y sujetos a la normas tuitivas de consumidores y usuarios. Igualmente, alguna de tales cláusulas pueden ser cláusulas abusivas, si, como dice el art. 82 LGDCU, se trata de estipulaciones no negociadas individualmente o de prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

Así, el art. 59 LGDCU establece que son contratos con consumidores y usuarios los realizados entre un consumidor o un usuario y un empresario, los cuales se rigen, en todo lo que no esté expresamente establecido en la citada ley o en leyes especiales, por las disposiciones legales que regulan los contratos civiles y mercantiles. Asimismo, advierte que la regulación sectorial de los contratos con los consumidores, en todo caso, debe respetar el nivel mínimo de protección dispensada en esta norma.

Además, si los contratos con consumidores y usuarios incorporan condiciones generales de la contratación, se someten también a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

Respecto de la cláusulas no negociadas individualmente, el art. 80-2LGDCU dispone que "los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, informarán a los consumidores y usuarios en los asuntos propios de su especialidad y competencia".

Por otra parte, el art. 83 LGDCU determina la nulidad de pleno derecho de tales cláusulas abusivas, las cuales, dice, se tendrán por no puestas. Además, el contrato se integra de acuerdo con cuanto dispone el art. 1.258 C.C.

Y, en cualquier caso, se consideran abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los arts. 85 a 90 LGDCU:

a) Vinculen el contrato a la voluntad del empresario (art. 85).
b) Limiten los derechos del consumidor y usuario (art. 86).
c) Determinen la falta de reciprocidad en el contrato (art. 87).
d) Impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba (art. 88). No hay desproporción en la garantía o, al menos, se presume que no la hay si se ajustan a la normativa específica de las entidades de crédito.

e) Resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato (art. 89).
f) Contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable (art. 90).

Entre tales cláusulas, GÓMEZ GÁLLIGO[30] individualiza, como abusivas en un contrato de préstamo hipotecario, las siguientes:

1. Las que produzcan un desequilibrio contractual entre las partes.
2. Las que llevan aparejado una pérdida o privación de los derechos de los consumidores y usuarios.
3. Las cláusulas que exijan sobregarantías o garantías desproporcionadas, si bien para las entidades financieras se presume que no hay desproporción respecto de las garantías pactadas si se ajustan a la normativa específica de las entidades financieras.
4. La imposición de un contrato de seguro de vida o de desempleo con compañía aseguradora vinculada a la entidad crediticia.
5. La imposición de notario determinado.
6. La imposición de subrogación en el préstamo hipotecario del promotor.

Respecto de tales cláusulas abusivas, el art. 84 ordena que los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autoricen ni inscriban aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

Obviamente, el Registrador no puede declarar la nulidad de una determinada cláusula. Dicha potestad corresponde, en nuestro sistema, al juez, tras el seguimiento de un juicio contradictorio. El control, por tanto, es un control judicial. Sin embargo, el Registrador sí realiza una calificación de legalidad y validez de las cláusulas objeto de inscripción (art. 18 L.H.) y, aquí, sí puede denegar la inscripción de los pactos y estipulaciones que, a su juicio, fueran contrarios a normas imperativas o prohibitivas[31]. Los ejemplos pueden ser varios, desde el pacto (normalmente de vencimiento anticipado) de no volver a hipotecar, a la cláusula de redondeo al alza en el cálculo de revisión del tipo de interés, cuando los intereses pactados son variables.Efectivamente, la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, limitó el redondeo en los préstamos garantizados mediante hipoteca y formalizados al tipo de interés variable a la concurrencia de tres requisitos: que se pacte, que se efectúe al extremo del intervalo pactado más próximo y a que no sobrepase el octavo de punto.

Parece claro, por tanto, que a pesar de la dicción literal del art. 12-2 L.H. y, en relación con las cláusulas financieras, el Registrador deberá denegar la inscripción de aquellas declaradas judicialmente abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación y de las que sean contrarias a normas prohibitivas o imperativas.

5. "PUBLICIDAD CON EFECTOS DE MERA NOTICIA", INSCRIPCIÓN PARCIAL Y EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA

A) Inscripción parcial o inscripción total pero sin eficacia real.

Las Rr 21 de diciembre de 2007 dicen que la Ley de reforma permite la inscripción de las cláusulas que carecen de dicho contenido real, las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado, porque resulta aconsejable para el tráfico por la publicidad con efectos de mera noticia que dimana del asiento registral. Tales cláusulas se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización.

Además de cuanto se ha señalado respecto de la expresión "efectos de mera noticia", la inscripción de tales cláusulas puede plantear problemas de otro orden, fundamentalmente respecto de la ejecución de la hipoteca a través del ejercicio de la acción hipotecaria.

Efectivamente, con anterioridad a la reforma, la doctrina se había planteado el problema de la eficacia de las cláusulas no inscritas por carecer de transcendencia real.

Como se sabe, el carácter constitutivo de la inscripción también manifiesta su virtualidad en los supuestos de inscripción parcial, es decir, en los supuestos en que el Registrador deniega o suspende la inscripción de determinados pactos o estipulaciones.

La cuestión es importante fundamentalmente por dos razones:

1. En primer lugar, porque la hipoteca queda constituida con la inscripción y en los precisos términos que, en el citado asiento de inscripción, se contienen (arts. 1.875-1 C.C. y 130 y 145-2º L.H.).
2. En segundo lugar, porque la denegación o suspensión del pacto o de la estipulación no significa que éste sea nulo o, en general, ineficaz, sino que, en su caso, no será oponible a terceros, pero mantiene toda su eficacia *inter partes*, con lo que se puede plantear un problema de adecuación entre el derecho real de hipoteca y la relación obligatoria y, en concreto, del alcance de la cobertura o garantía hipotecaria (básicamente, vencimientos anticipados de la deuda).

Además, se debe señalar desde ya que la denegación o suspensión o la inscripción de un determinado pacto no descansa en el carácter real u obligacional del mismo, de manera que éstos (los pactos de carácter obligacional) no se inscriben, mientras que sí se inscriben los de eficacia real. Una lectura de la Ley hipotecaria, como ya se ha dicho, pone de manifiesto que pactos de naturaleza personal u obligacional acceden al Registro, sin perder por esto su naturaleza personal, si bien la inscripción los hace oponibles frente a terceros. Así, la exclusión de una determinada cláusula del Registro priva a la estipulación de transcendencia real (R. 5 de junio de 1987, RJ 1987/4837), pero, como ha señalado MONTÉS PENADÉS[32], con esto no se determina el valor concreto que haya de atribuirse entre las partes ni los efectos que se seguirían si, aceptada su validez *inter partes*, no aparece ningún tercero, el crédito no circula, la finca no es adquirida por ningún tercer poseedor. Los pactos no inscritos no son oponibles a terceros; pero no queda muy claro si no se inscriben porque no son oponibles, es decir, porque no pueden afectar a terceros sin su consentimiento o si no son oponibles precisamente porque no han sido inscritos. Tampoco deriva claramente de las resoluciones, como apunta MONTÉS PENADÉS, si la razón de fondo de la no inscripción se encuentra en que los pactos no son válidos, ni siquiera entre las partes (sobre lo cual no se puede pronunciar el Registrador) o si son válidos y eficaces *inter partes* pero sin transcendencia real. Así, pone el siguiente ejemplo: no inscrito un pacto de vencimiento anticipado en caso de embargo del deudor, si se produce el hecho del embargo y el acreedor hipotecario intenta la ejecución de la hipoteca, ¿podrá demostrar como hecho o razón jurídica de la certeza, subsistencia y exigibilidad del crédito el hecho previsto en el título que no ha sido inscrito, sin prejuzgar su validez *inter partes*?

Así, con el citado autor podemos reformular el problema y plantearlo como un sola cuestión: ¿puede estar el crédito vencido *inter partes* y no estarlo *erga omnes*?

Para contestar tal cuestión es preciso distinguir tres planos:

a) En primer lugar, se debe saber si el vencimiento derivado de una cláusula no inscrita puede ser opuesto, es decir, si cabe reclamar el crédito íntegro pendiente a terceros.

b) En segundo lugar, se debe distinguir, si es posible, entre efectos reales y efectos obligacionales entre las mismas partes que constituyeron la hipoteca.

c) Finalmente, se debe determinar si, en este caso, la distinción entre los obligatorio y lo real aboca a un problema meramente procesal: el acreedor podrá instar el vencimiento de la deuda y la ejecución del bien a través de un procedimiento ordinario, pero no por uno ejecutivo ni hipotecario (incluido el extrarregistral).

De entrada, cabe rechazar la eficacia de los pactos no inscritos (por la razón que fuere) frente a terceros. La cuestión entonces se centra *inter partes*. A mi juicio, siguiendo al Prof. MONTÉS PENADÉS[33], en el caso planteado, el crédito podrá exigirse por vencimiento anticipado, bien en juicio ordinario declarativo, bien en ejecución (la escritura es título ejecutivo), pero la hipoteca no se podrá ejecutar mediante ningún procedimiento hipotecario. De admitir la realización del valor del bien a través de algún procedimiento judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria, se caería en la contradicción de admitir una suerte de eficacia frente a terceros, que se ha descartado, de modo que se produciría precisamente el efecto negado: la eficacia real de tal cláusula al menos en la concurrencia con los demás acreedores. Negada la eficacia real del pacto, éste no puede ser el motivo jurídico que determine la exigibilidad del crédito hipotecario y la puesta en marcha de la garantía hipotecaria.

En definitiva, las cláusulas no inscritas no permiten el ejercicio de la acción hipotecaria (que es acción real) ni siquiera entre las partes ni, consiguientemente, la satisfacción del crédito del acreedor hipotecario mediante la realización del valor del bien hipotecado a través de un procedimiento hipotecario, judicial o extrajudicial. En cambio, la no inscripción no impide, en su caso, el ejercicio de las acciones personales, ya en juicio ejecutivo, ya en juicio ordinario declarativo, y el posterior embargo del bien. Todo lo anterior, además, se cohonesta mejor con el carácter constitutivo del derecho real de hipoteca, cuyo contenido no es sólo lo que las partes pactan sino lo que el asiento de inscripción contiene y manifiesta.

En cualquier caso, si la inscripción es parcial, el Registrador deberá expresar el motivo o la causa de la suspensión o denegación de la inscripción del pacto. Normalmente, la falta de eficacia real, sin perjuicio de su eficacia obligatoria. En cambio, no deberá expresar los motivos de la suspensión o denegación si el que presenta el título o el interesado han manifestado su conformidad en que se despache el documento sin tal estipulación o pacto (art. 434). Mas si los pactos cuya inscripción deniega o suspende inciden en la esencia de la reglamentación contractual pactada, el Registrador debe denegar o suspender la inscripción de todo el título, pero en ningún caso está legitimado para sustituir los términos de un determinado pacto, que considera no inscribible provisional o definitivamente, por otros que, en su opinión, se ajustan mejor al ordenamiento jurídico y que, por tanto, procede a inscribir.

B) La cuestión tras la reforma del artículo 130 L. H.

Ahora la cuestión se plantea de otra manera. Las cláusulas de vencimiento anticipado son cláusulas financieras. El art. 12 apartado segundo impide que el Registrador de la Propiedad califique dichas cláusulas, al menos en orden a su transcendencia real o meramente obligacional, para denegar su inscripción. Hasta ahora sabíamos que determinadas cláusulas de vencimiento

anticipado no se inscribían en el Registro y mantenían su eficacia personal, sin que su cumplimiento permitiera el ejercicio de la acción hipotecaria; otras cláusulas de vencimiento anticipado, en cambio, se inscribían, gozaban de transcendecia real, eran oponibles a terceros y su verificación legitimaba el ejercicio de la acción hipotecaria. Ahora, en cambio, se inscriben todas, abstracción hecha de su eficacia real o personal. ¿Se puede seguir distinguiendo entre cláusulas de vencimiento anticipado de naturaleza personal y cláusulas de vencimiento anticipado con transcendecia real o la inscripción de todas ellas se realiza, como dice la Dirección General, "a meros efectos de noticia"? La cuestión no es sencilla porque la eficacia real de determinadas cláusulas de vencimiento anticipado derivaba precisamente de su inscripción tras la previa calificación positiva del Registrador. Esta calificación ya no existe y su constancia en el asiento de inscripción se produce automáticamente, tras la calificación positiva del registrador de las cláusulas "de transcendencia real".

El problema ahora, por tanto, es que el Registrador no puede denegar la inscripción de una determinada cláusula de vencimiento anticipado por el hecho de carecer de transcendencia real. Por tanto, el problema ya no es la eficacia de la cláusula no inscrita, sino la eficacia de las inscritas: precisamente si todas las cláusulas inscritas gozan de la misma eficacia, en nuestro caso, de eficacia real por el mero hecho de ser inscritas. Aquí se plantea un problema de difícil solución porque decir, como dice la Dirección General, que la inscripción de tales cláusulas se hace a meros efectos de noticia, además de devaluar la función registral, hace surgir automáticamente la cuestión de por qué se inscriben entonces. Si no tienen eficacia real, si no se pueden oponer a terceros, si su incumplimiento no permite el ejercicio de la acción hipotecaria, ¿para qué se inscriben? Como he dicho antes, el Registro no es un mero escaparate. Cuando una situación jurídica accede al registro se inviste de una determinada eficacia, incluso aunque no cambie su naturaleza jurídica. Sin embargo, tales cláusulas carecen de transcendencia real y sólo se inscriben (y como se inscriben) porque expresamente lo dice el art. 12 apartado segundo L. H. En cambio, el art. 130 L.H. parece abonar la tesis contraria porque, si bien antes de la reforma decía que el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podía ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita y sobre la base de los extremos contenidos en el asiento respectivo dado su carácter constitutivo; ahora dice que tal procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo.

Por tanto, no es cierto que la inscripción de las cláusulas financieras y, entre ellas, las de vencimiento anticipado, se realice como mera publicidad o a meros efectos de noticia, sino que, por cuanto contenidas en el asiento de inscripción, pueden habilitar entonces al ejercicio de la acción hipotecaria. Es decir, si se inscriben todas las cláusulas financieras, abstracción hecha de su carácter real, y la ejecución de la hipoteca se puede realizar "sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo", parece claro que la hipoteca se podrá ejecutar con base en el incumplimiento de pactos meramente personales si tales pactos se han inscrito en el Registro de la Propiedad y conforman el asiento de inscripción del derecho real de hipoteca.

A mi entender esto supone una modificación radical del sistema hasta ahora vigente. En mi opinión, la verificación de una cláusula de vencimiento anticipado inscrita pero sin transcendencia real no puede habilitar o legitimar el ejercicio de la acción hipotecaria pues ésta es una acción real, con eficacia *erga omnes*, mientras que la cláusula de vencimiento anticipado sólo tiene efectos *inter partes*. A pesar de todo, creo que se debe mantener que tales cláusulas carecen de eficacia real (las que carezcan de ella, tras la calificación del registrador, que la decisión del legislador de permitir su inscripción o transcripción es irrelevante a tales efectos. Pero es difícil mantener estas afirmaciones

si la cláusula de vencimiento anticipado se halla inscrita en el Registro de la Propiedad, pues entonces su inscripción es baladí.

6. BREVE DISECCIÓN DE LAS CLÁUSULAS DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

En cualquier escritura de préstamo hipotecario podemos individualizar diversos tipos de cláusulas y pactos. Siguiendo el orden del propio art. 12 L. H. se puede distinguir:

a) Las cláusulas de vencimiento anticipado.
b) Las demás cláusulas financieras.
c) Las cláusulas con transcendencia real.
d) Las cláusulas obligacionales que no sean financieras.

A) Las cláusulas llamadas de (con) transcendencia real.-

Son los pactos o estipulaciones de carácter real que conforman el contenido de la hipoteca. Así, son pacto con transcendencia real los de término de la hipoteca, los de extensión objetiva de la hipoteca, los de distribución de responsabilidad entre la pluralidad de inmuebles hipotecados, los pactos atinentes al rango, a la acción de devastación, de extensión a los intereses, etc. Respecto de tales cláusulas, la reforma del art. 12 L. H. no afecta en absoluto: el registrador de la propiedad calificará como hasta ahora. Por tanto, la calificación registral de las cláusulas directamente referidas al derecho real de hipoteca no ha sufrido variación alguna.

B) Las cláusulas de vencimiento anticipado del crédito.

El apartado segundo del art. 12 L. H. configura las cláusulas de vencimiento anticipado del crédito como cláusulas financieras y prevé su inscripción en el Registro de la Propiedad, sin distinción alguna, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de transcendencia real. Entonces, tales cláusulas se hacen constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización. Obviamente se trata de supuestos convencionales de vencimientos anticipados contractuales.

La inscribibilidad de las cláusulas de vencimiento anticipado del crédito ha sido una de las cuestiones recurrentes y que mayor polémica ha generado, tanto en la doctrina científica como en la progresiva doctrina de la Dirección General[34]. En general, puede decirse que ésta ha admitido el pacto de vencimiento anticipado cuando su contenido tendía a la conservación de la garantía[35].

La R. 22 de julio de 1996 (RJ 1996/5617) asentó la que hasta ahora ha sido doctrina general: es necesario distinguir el doble plano, personal y real, en el negocio de concesión de crédito con garantía hipotecaria, de forma que, sin entrar en cuestionar la validez civil de los pactos en el orden obligacional, es indudable que no puede hacerse depender el vencimiento anticipado del préstamo de comportamientos del deudor distintos del incumplimiento de la obligación específicamente garantizada.

En la misma resolución se recurrió la denegación de la inscripción de una cláusula en cuya virtud se pacta el vencimiento anticipado de la obligación garantizada en caso de incumplimiento de la parte prestataria de cualquiera de las obligaciones que asume en el contrato respecto del pago de contribuciones y primas de póliza de seguros. El Centro Directivo confirmó parcialmente la calificación registral: sólo respecto del impago de las contribuciones, pues *no sólo no se determinan*

las específicas contribuciones cuyo incumplimiento puede provocar tal efecto, sino que además, al no concretarse aquellas cuyo pago quede garantizado con un derecho de preferencia respecto del mismo acreedor hipotecario, vendría a extender el ámbito de la garantía pactada comportamientos que nada tiene que ver con la verdadera conducta que debe asegurarse, cual es el cumplimiento de la obligación garantizada. Respecto del impago de las primas del seguro, la cláusula es inscribible pues resulta admisible la cláusula de vencimiento automático de la obligación garantizada por impago de gastos que tengan preferencia legal de cobro sobre el mismo acreedor hipotecario o si se trata del impago de obligaciones que siguen a la cosa y que, como la del seguro, determinan un detrimento potencial del bien (RR. 23 y 26 de octubre de 1987).

1. Cláusula de vencimiento anticipado con eficacia real

La Dirección General ha admitido la inscripción de los siguientes supuestos de vencimiento anticipado:

1. Impago de impuestos, contribuciones y, en general, tributos que gravan la titularidad de la finca y que gocen de preferencia legal.

2. Disminución de más de la cuarta parte del valor del inmueble (R.12 de julio de 1996, RJ 1996/5613).

Si el deudor disminuye por actos propios las garantías que hubiese otorgado o bien éstas desaparecieran por caso fortuito, el deudor, dice el art. 1.129-3º C.C. perderá el derecho a utilizar el plazo, es decir, la deuda vencerá anticipadamente, si el deudor no sustituye inmediatamente las garantías disminuidas o desaparecidas por otras nuevas e igualmente seguras.

En el espectro de supuestos contemplado en el apartado tercero del art. 1.129 C.C. queda, al menos, una zona en la que no es posible ni el ejercicio de la acción de devastación (art. 117 L.H.) ni la reclamación anticipada del crédito: es el supuesto en que las garantía disminuyan de valor por caso fortuito. En este supuesto, el riesgo de la minusvaloración o depreciación de las garantías se pone a cargo del acreedor.

En la realidad contractual, los acreedores suelen acudir a la figura del vencimiento anticipado de la deuda dada su efectividad inmediata, mientras que el ejercicio de la acción de devastación del art. 117 L.H. suele quedar reducido a aquellos supuestos en que al acreedor le interesa el control efectivo del inmueble mediante su administración.

3. Existencia de cargas o gravámenes de rango registral prioritario a la hipoteca o no expresadas en la escritura constitutiva. En general, la estipulación en la que se establece como causa de resolución del contrato la aparición de cargas no mencionadas en la escritura que sean preferentes a la hipoteca o si existe algún contrato de arrendamiento o alguna situación posesoria anterior y distinta a los declarados en la escritura o posteriores y contrarios a lo pactado en las cláusulas (RR. 26 de diciembre de 1990, RJ 1990/10.497 y 29 de enero de 1998, RJ 1998/280). En concreto, esta última resolución establece que respecto de la posible existencia de cargas preferentes no mencionadas en la escritura, es doctrina del Centro Directivo que *puede configurarse como causa de vencimiento anticipado del préstamo con el apoyo de la previsión legal contenida en el artículo 1129-3 del Código Civil, al ser indudable el eventual quebranto de la garantía establecida, y respecto de la previsión hecha en cuanto a los arrendamientos, es criterio de este mismo Centro que resulta admisible 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 pudiera disminuir gravemente el valor de la finca hipotecada, como pueden ser los arrendamientos estipulados sin cláusula de estabilización o, aunque la contenga, en caso de que la renta anual capitalizada al tanto par ciento que resulte de sumar al interés legal del dinero un 50 por 100 más no cubra la responsabilidad total asegurada o el valor fijado para servir de tipo a la subasta, que es precisamente lo prevenido en el apartado 1.6 de la estipulación segunda.*

Tampoco, por su propia naturaleza, pueden implicar prohibiciones de disponer contrarias al artículo 27 de la Ley Hipotecaria las previsiones de vencimiento anticipado por razón de la existencia de situaciones arrendaticias o posesorias anteriores a la hipoteca y no declaradas en la escritura.

4. Si el pacto tiene como objeto el impago de la prima del seguro de incendio. Así, la R. 22 de julio de 1996, (RJ 1996/5617) señaló que en cuanto al vencimiento anticipado por impago de las primas del seguro *(ha de interpretarse alusivo al seguro contra el riesgo de incendios a que se refiere la estipulación duodécima), ha de estimarse, por el contrario, la impugnación formulada, pues como ya declarara este Centro en sus Resoluciones de 23 y 26 octubre 1987, resultan admisibles las cláusulas de vencimiento automático de la obligación garantizada por impago de gastos que tengan preferencia legal de cobro sobre el mismo acreedor hipotecario, o si se trata del impago de obligaciones que siguen a la cosa y que, como la del seguro, determinan un detrimento potencial del bien.*

5. El impago de cualquiera de las letras en que se instrumenta la obligación de pago, si no se trata de una hipoteca cambiaria. Si se trata de una hipoteca cambiaria no es posible el pacto ya que cada letra contiene la referencia específica de la hipoteca y tiene una circulación autónoma. Además, dicho pacto generaría un vencimiento anticipado de la hipoteca ignorado por algunos titulares de la misma (R. 14 de octubre de 1986, RJ 1986/6067).

6. El arrendamiento sin consentimiento del acreedor por precio vil *ex* art. 219 R. H. (RR. 24 de abril de 1992, 8 de noviembre de 1993 y 17 de marzo de 1994). Respecto a la inscripción del pacto de vencimiento anticipado si se arrienda el inmueble por renta anual inferior al 15% del valor fijado para subasta la citada R. 22 de julio de 1996 (RJ 1996/5617) estableció la admisibilidad de que la escritura de constitución de hipoteca contenga *alguna prevención adecuada respecto de aquellos arrendamientos posteriores que pudieran no estar sujetos al principio de purga y que, por la renta estipulada pudieran disminuir gravemente el valor del finca hipotecada, como pueden ser los arrendamientos estipulados sin cláusula válida de actualización o, aunque la contengan, el caso en que la renta anual capitalizada al tanto por ciento que resulte de sumar al interés legal del dinero un 50% más (cfr. art. 219-3 R.H.) no cubra la responsabilidad total asegurada o el valor fijado para servir de tipo a la subasta.*

7. Es inscribible la estipulación de vencimiento anticipado de la obligación si, de acuerdo con las siguientes, se da cualquiera de los siguientes hechos (Rr. 14 de enero de 1991 (RJ 191/588), 16 de marzo de 1990 (RJ 1990/2301), 26 de diciembre de 1990 (RJ 1990/10.497) y 23 y 26 de octubre de 1986, (RJ 1987/7660):

a) La cláusula relativa a la falta de pago de contribuciones y de las cuotas de gasto de la comunidad en cuanto se refieran a gastos y tributos que tengan preferencia de cobro sobre el mismo acreedor hipotecario.

b) Disminución por cualquier causa de la cuarta parte del valor de la garantía.

c) Existencia de cargas o gravámenes no conocidos en el momento de la escritura o formalizados con posterioridad que tengan un rango registral prioritario en el momento de la inscripción de la hipoteca.

8. El impago del principal y/o intereses (y costas), porque no cabe duda que estamos ante el incumplimiento de la obligación principal garantizada y en estos casos el pacto de vencimiento anticipado constituye un elemento de resolución convencional del negocio de crédito, cuyo

ejercicio no supone otra cosa que la eficacia de la acción de resolución propia del artículo 1124 del Código civil (R. 2 de diciembre de 2006).

2. Cláusulas de vencimiento anticipado que carecían de eficacia real (es decir, que antes no se inscribían pero ahora sí)

En cambio, la Dirección General no admitía, antes de la reforma, la inscripción de las cláusulas de vencimiento anticipado, por carecer de eficacia real, cuyo sustrato de hecho fuera alguno de los siguientes:

1. La declaración de concurso (quiebra o suspensión de pagos entonces) del deudor o hallarse incurso en proceso de ejecución patrimonial (por todas, R. 24 de abril de 1992). El artículo 61-3 de la Ley Concursal 22/2003 dispone que se ha de entender como no puesto.

La R. 5 de junio de 1987 (RJ 1987/4835) señaló que tales pactos:

a) Contradicen la esencia y finalidad misma del derecho real de garantía, el cual, al recaer directamente sobre el bien gravado, le resulta indiferente quién sea el titular de éste y cuáles las vicisitudes patrimoniales del deudor;

b) No añaden garantía nueva a la estipulada ni aporta utilidad adicional apreciable al acreedor, sino que amplían de manera desorbitada e injustificada las facultades del acreedor en detrimento de la propiedad de los otros acreedores del deudor, y de éste al provocarle el vencimiento de sus deudas cuando mayor es su necesidad e interés de obtener una espera o más agobiantes son sus necesidades de liquidez.

c) Menoscaban de modo evidente la aptitud circulatoria y crediticia del bien gravado.

2. La transmisión de la finca sin consentimiento del acreedor[36] o por título diferente al de compraventa o sin cumplir ciertas condiciones o, finalmente, por razón de embargo o de gravamen. El pacto infringe normas imperativas como los artículos 27 y 107-3 de la Ley Hipotecaria y es contrario al principio de libertad de contratación, a la libre circulación de los bienes y al crédito territorial, principios todos que la nueva norma no ha querido alterar y así se pone de manifiesto en la propia regulación legal que admite el pacto, como caso excepcional, en el caso de hipoteca inversa. La R. 16 de junio de 1936 ya estableció que no es admisible el pacto de vencimiento anticipado por la transmisión de la finca hipotecada pues limita el derecho del dueño a enajenar bienes hipotecados. La R. 18 de noviembre de 1960 dijo que tal pacto de vencimiento anticipado por enajenación, gravamen, embargo o anotación preventiva carece de las condiciones necesarias para inscribirse porque es contrario al principio de libertad de contratación que inspira la legislación civil e inútil por cuanto no da más firmeza a la garantía estipulada, según proclama la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria y el art. 107-3º de la misma. Además, amplía las atribuciones del acreedor en perjuicio de las facultades del propietario y del crédito territorial. La R. 8 de noviembre de 1993 establece que supondría una vulneración del principio de libertad de contratación al imponer unas limitaciones para el dueño que disminuyen *la posibilidad de constituir nuevas hipotecas y contraría de este modo el fomento del crédito territorial*.

3. El arrendamiento sin consentimiento del acreedor, salvo arrendamiento en fraude (R. 27 de enero de 1986, 8 de noviembre de 1993 y 17 de marzo de 1994).

4. El pacto de vencimiento por no inscripción, denegación parcial o no inscripción en plazo determinado, porque si se inscribe a instancias del interesado pese a darse la circunstancia prevista., el pacto es superfluo.

5. El despacho de mandamiento de ejecución o embargo contra la finca hipotecada o contra la parte deudora hipotecante, porque es pacto totalmente ajeno al préstamo garantizado y, además, la ejecución no disminuye la garantía real y la preferencia de la hipoteca y, por tanto, vulnera los artículos 131 y 133 de la Ley Hipotecaria y el 1129-1 del Código Civil.

6. La disminución del valor de la finca "a juicio del prestamista o apreciada por perito designado por ésta", si no se amplia la garantía a otros bienes, por ser contrario al artículo 1256 del CC y 85-3 LGDCU de 16 de noviembre de 2007. Sin embargo se considera inscribible el pacto eliminando únicamente la expresión "a juicio del prestamista" o similar.

Además, el artículo 3 bis 1) de la Ley 2/1981 de regulación del mercado hipotecario, en la redacción dada por Ley 41/2007, dispone "Las Entidades de Crédito, incluso las que dispongan de servicios propios de tasación, deberán aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que sea certificada por un tasador homologado y que no esté caducada".

7. No asegurar la finca en compañía de reconocida solvencia "a juicio del acreedor".

8. Los pactos de vencimiento en caso de inexactitud de los datos aportados, disminución del patrimonio, riesgo de insolvencia, impago de otras obligaciones o existencia de cualquier acción judicial o extrajudicial que haga desmerecer la solvencia del prestatario. Si la causa de vencimiento anticipado por declaración concursal del deudor debe tenerse por no puesta, con mayor motivo debe tenerse por no puesta la que prevé la resolución por mero temor a una insolvencia subjetivamente apreciada.

En relación con el pacto de vencimiento anticipado por impago por parte de los hipotecantes de los gastos que sucesivamente se vayan devengando de la conservación de los inmuebles y, en especial, de los preferentes con arreglo a las leyes por las que se rige su titularidad, la R.16 de julio de 1996 (RJ 1996/5614) dijo que respecto de los gastos de conservación, tal pacto carece de transcendencia real inmobiliaria y no es inscribible tanto por la indeterminación derivada de la generalidad de tal previsión, como por tratase de comportamientos que nada tiene que ver con el cumplimiento mismo de la obligación garantizada, que es la única conducta de la que ha de responder la finca hipotecada, máxime si se tiene en cuenta que ya queda pactada la posibilidad de vencimiento anticipado cuando la falta de diligente conservación de la finca hipotecada provoque pérdida o detrimento de la misma que haga disminuir su valor por debajo del 75% del fijado. Y añadió que *nada se opone a la consignación registral de la facultad de provocar el vencimiento anticipado en caso de impago de gastos de conservación preferentes con arreglo a las leyes por las que se rige su titularidad, pues para ello existe el apoyo de la previsión contenida en el artículo 1.129-3 C.C., al ser indudable el eventual quebranto de la garantía establecida (R.R. 23 y 26 de octubre de 1987).*

3. La cuestión tras la modificación del art. 12 L. H.

Tras la modificación del art. 12 L. H. y la doctrina de las Rr. 21 de diciembre de 2007 cabe preguntarse si la situación anteriormente descrita permanece inalterada o no. Ahora el art. 12 dice que las cláusulas financieras, incluidas las de vencimiento anticipado, se inscriben si es positiva la

calificación de las cláusulas con transcendencia real. De lo dicho, deriva que determinados pactos de vencimiento anticipado tienen o pueden tener transcendencia real (los que antes se inscribían) y otros no. Ahora el panorama puede quedar así: los pactos de vencimiento anticipado que afecten directamente a la garantía real, siguen siendo objeto de calificación registral; el resto, como pacto meramente obligacional, también se califica pero sólo en orden a su validez, no a su transcendencia real.

Esto replantea el problema que antes se planteaba con la eficacia de los pactos de vencimiento anticipado no inscritos. Parecía y parece claro que aunque mantenga su eficacia en el ámbito obligacional, su verificación no legitimaba el ejercicio de la acción hipotecaria, la cual es una acción real. En cambio, ahora tales pactos constan en el Registro. La solución debe ser la misma si se entiende que su constancia registral es a meros efectos de noticia y su acceso al Registro ni cambia su naturaleza, que sigue siendo obligacional, ni les dota de eficacia real. Si se verifica el supuesto de hecho, el préstamo se entenderá vencido, pero no se podrá ejecutar la acción hipotecaria. Pero actualmente el art. 130 L. h. establece que el procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo.

En esta sede, no puede dejar de citarse la STS 27 de marzo de 1999 (RJ 1999/2371) en la que el Tribunal Supremo declaró nulas determinadas cláusulas de vencimiento anticipado o de resolución anticipada, habituales en la práctica bancaria, por ser constitutivas de un pacto contrario a la ley; en concreto a los antiguos arts. 127 y 135 L.H. Asimismo, el contenido de la sentencia es contrario a la doctrina sostenida por la Dirección General en orden a la inscripción de tales pactos: por todas, la ya citada R. 5 de junio de 1987 y, con claridad, la R. 22 de julio de 1996 (RJ 1996/5617) asienta la doctrina general: es necesario distinguir el doble plano, personal y real, en el negocio de concesión de crédito con garantía hipotecaria, de forma que, sin entrar en cuestionar la validez civil de los pactos en el orden obligacional, es indudable que no puede hacerse depender el vencimiento anticipado del préstamo de comportamientos del deudor distintos del incumplimiento de la obligación específicamente garantizada.

La cláusula objeto del debate en la STS 27 de marzo de 1999 decía:

"Aunque no haya concluido el período fijo del préstamo... 2º El Banco podrá exigir la devolución del capital con los intereses y gastos... en los casos de incumplirse cualquiera de las obligaciones establecidas en las estipulaciones precedentes (por ejemplo el deber de abonar intereses al banco, vencimientos semestrales del capital y de los intereses, estar al corriente en el pago de los tributos, tener asegurada la obra...) teniendo el Banco en estos casos el derecho a exigir por vía de indemnización el 3% del capital que se le adeude".

En estos últimos años, dice la sentencia, se han generalizado, en los préstamos hipotecarios, unas cláusulas que puedan precipitar los vencimientos anticipados de los préstamos y de sus garantías. Cabe preguntarse si estas condiciones son aceptables. El art. 1.255 del Código Civil consagra en nuestro Derecho la libertad pacticia siempre que las estipulaciones convenidas por los contratantes no sean contrarias a las leyes. Pero concluye:

Podemos afirmar que la condición resolutoria de los préstamos hipotecarios constituye un pacto contrario a las leyes (a los varios preceptos del Código Civil y a los arts. 127 y 135 de la Ley Hipotecaria, a los que se opone frontalmente). Por tanto, da lugar a un pacto nulo, subsumible

en el claro anatema del art. 6 del Código Civil: "Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho...".

Tampoco el Código Civil da margen para el juego de la condición resolutoria que nos ocupa. La principal obligación del mutuatario consiste en restituir al prestamista otro tanto de lo recibido en el tiempo y lugar designados en el contrato. Y según el artículo 1125 del Código Civil las obligaciones a término sólo son exigibles como el día llegue. Las excepciones a esta regla contenidas en el artículo 1129 del Código Civil establecen la pérdida del beneficio del plazo precisamente en que la deuda carezca de garantías, lo que no ocurre cuando los préstamos están asegurados con hipoteca.

Siempre que las deudas estén suficientemente garantizadas no serán exigibles hasta que el plazo venza. Y cuando se debilitan las garantías es cuando debe precipitarse el cumplimiento de la obligación para evitar posibles insolvencias del deudor. En congruencia con esta doctrina, el artículo 1915 del Código establece que en los casos de concurso o quiebra vencen todas las deudas a plazo.

En concordancia con la doctrina asentada en la sentencia transcrita, el art. 693 L.E.C. distingue dos supuestos: la reclamación limitada a parte del capital o de los intereses cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes y el vencimiento anticipado de deudas a plazos.

Para este segundo supuesto, que es el que aquí interesa, el citado art. 693-2 posibilita la enervación de la acción de ejecución distinguiendo según se trate de la ejecución hipotecaria de la vivienda familiar o no. En cualquier caso, podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital e intereses si se hubiera convenido el vencimiento anticipado total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y tal pacto constase inscrito en el Registro. Pero:

A) Si el bien que se ejecuta no es la vivienda familiar, el acreedor podrá solicitar, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad, que se comunique al deudor que podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por capital e intereses estuviera vencida al tiempo de presentar la demanda, más los sucesivos vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo y resulten impagados. Tal consignación podrá hacerla, en su caso, el deudor, hasta el día señalado para la subasta.

B) En cambio, si el bien hipotecado fuera la vivienda familiar, el deudor puede liberarla procediendo a la consignación de las cantidades antes citadas, por una sola vez, incluso sin el consentimiento del acreedor. Aunque no lo dice expresamente la norma, el deudor podrá proceder a la consignación hasta el día señalado para la subasta de la vivienda familiar hipotecada.

Si el deudor consigna en tiempo y forma, se liquidarán las costas del procedimiento y, una vez satisfechas, el tribunal dictará providencia declarando terminado el procedimiento. Aunque no lo expresa la norma, parece que las costas deben ser satisfechas por el deudor. El pago de la cantidad debida puede realizarlo, en cualquiera de los supuestos anteriores, también un tercero, pero precisa el consentimiento del ejecutante.

Pero la cuestión no acaba aquí. El art. 693-2 L.E.C. abre la puerta de un problema que no se había planteado hasta entonces: hasta la STS 27 de marzo de 1999, el pacto de vencimiento anticipado por falta de pago no presentaba problema alguno, ni científica ni jurisprudencialmente. Del mismo modo, los demás pactos de vencimiento anticipado cuya inscripción había sido admitida por la Dirección General. La citada sentencia provoca la cuestión de nulidad de determinados pactos de vencimiento

anticipado por ser contrarios a norma imperativa y ninguna razón impedía extender esta doctrina a los demás pactos de vencimiento anticipado. Finalmente, el art. 693-2 L.E.C. admite expresamente tales pactos de vencimiento anticipado, pero referidos exclusivamente al impago de alguno de los plazos[37].

¿Qué sucede, entonces, con los otros pactos de vencimiento anticipado cuyo supuesto de hecho desencadenante del vencimiento no es la falta de pago de alguno de los plazos, sino otro hecho distinto? ¿Quedan excluidos de eficacia jurídico real y limitados, en su caso, a una mera eficacia obligacional?

MANUEL RIVERA ha señalado con acierto que la L.E.C. viene a asumir lo que nadie, salvo la STS 27 de marzo de 1999, había puesto en duda. Pero ahora la duda es otra: ¿qué ocurre con los pactos de vencimiento anticipado que no consistan en el impago de alguno de los plazos? Dice el citado autor que la L.E.C. no limita, pero sí restringe la eficacia de estos otros pactos. Y aunque se manifiesta contrario a la solución legal, dice: "la única causa que la L.E.C. prevé de vencimiento anticipado con eficacia... para poder ejecutar la hipoteca por el total importe del crédito garantizado es el incumplimiento del pago por parte del deudor, sin que otras causas puedan dar lugar a la realización mediante el procedimiento especial de ejecución hipotecaria"[38].

En mi opinión, la L.E.C. no prejuzga, ni limita ni restringe. Resuelve una cuestión concreta presentada por un pacto de vencimiento anticipado concreto; pero no excluye a los demás pactos. Éstos deberán pasar el tamiz de legalidad de la calificación registral, sin que pese en su contra (con eficacia excluyente) la norma del art. 693-2 L.E.C., que, no olvidemos, es una norma procesal. La calificación del pacto y, por tanto, de su eficacia jurídico real es competencia del Registrador de la Propiedad, que ante el silencio del legislador deberá seguir la doctrina de la Dirección General.

C) Las cláusulas financieras

Son las que configuran el préstamo cuyo cumplimiento garantiza la hipoteca. Por definición, no son cláusulas con transcendencia real, pero sí afectan al derecho real de hipoteca pues configuran la obligación garantizada precisamente con la hipoteca. El actual art. 12 L. H. permite su inscripción o transcripción si la calificación de las cláusulas de transcendencia real es positiva. En este caso, las cláusulas se deben inscribir en los propios términos que resulten de la escritura. Por tanto, si se inscribe la hipoteca, deben acceder al registro todas las cláusulas financieras. Pero esta afirmación se debe matizar pues, como he señalado, dichas cláusulas no pueden escapar al juicio de legalidad aunque el art.12 opte por la inscripción de la obligación en el asiento correspondiente. Es decir, el apartado segundo del art. 12 L. H. amplía el contenido de la inscripción del préstamo hipotecario más allá del derecho de la hipoteca, posibilitando la inscripción de la obligación, de las cláusulas obligacionales de contenido financiero, pero la validez de tales cláusulas no puede escapar a la calificación porque, aunque sean obligacionales, su inscripción en el Registro de la Propiedad les proporciona eficacia real, oponibilidad a terceros. En general, de acuerdo con la O. M. de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, posteriormente modificada por la O. M. 27 de octubre de 1995, las cláusulas financieras son las siguientes:

1º. La cláusula financiera del capital del préstamo.- Determina el importe del capital y la forma de entrega. .- Si se tratara de un préstamo en divisa, se debe especificar ésta, definiéndose adecuadamente. En las cláusulas correspondientes se deben señalar las especificidades (por ejemplo, moneda de pago, cálculo del importe en euros de cada pago, etc.) derivadas de que el préstamo esté denominado en moneda distinta del euro. Normalmente, el prestatario confiesa haber recibido la

cantidad prestada y ésta se habrá ingresado en una determinada cuenta especial, abierta *ex professo*. Si el prestatario no puede disponer libremente de la cuenta, se deberá determinar:

a) Las condiciones cuyo cumplimiento deba acreditar el prestatario antes de poder disponer libremente del saldo de dicha cuenta.
b) El plazo para el cumplimiento de dichas condiciones y las facultades resolutorias de la entidad prestamista en caso de que se rebase.

2º. La cláusula financiera de amortización.- Debe especificar: las fechas de pago de la primera y de la última cuota, su número, periodicidad y cuantía de las cuotas de amortización, así como las condiciones del reembolso anticipado, si se pactaron previamente, expresándose en particular:

a) Las fechas de ejercicio de dicha facultad.
b) Si se hubiera pactado, la cantidad que con ocasión del reembolso anticipado deba satisfacer el prestatario a la entidad prestamista al ejercer dicha facultad, distinguiendo, en su caso, entre amortizaciones totales y parciales.
c) En caso de reembolso anticipado parcial, la cuantía mínima y el modo concreto en que éste alterará el importe o número de las cuotas de amortización remanentes, indicándose, en su caso, las facultades de elección que se reconozcan al efecto al prestatario.

Cuando existan, las demás facultades que se reconozcan al prestatario para alargar o alterar el calendario de amortización, y las condiciones para su ejercicio.

En definitiva, debe contener el cuadro o plan de amortización del préstamo.

3º. La cláusula financiera de tipos de interés.- Son las cláusulas financieras 3ª y 3ª bis. Se refiere a los intereses ordinarios, y en ella se hará constar el tipo de interés nominal anual, con indicación de si es fijo o variable, la fecha de inicio del devengo de intereses, periodicidad y forma de liquidación ordinaria. Si el préstamo es en divisas, se expresará las reglas aplicables para el cálculo en euros del importe de los intereses. La cláusula 3ª bis contiene el tipo de interés variable, con la definición del tipo de interés aplicable y el método para determinar el interés variable

4º. La cláusula financiera de determinación de comisiones.- Se refiere a las comisiones y demás gastos a cargo del prestatario. Respecto de las comisiones, la de apertura englobará todos los gastos por estudio, concesión, tramitación, etc. que ocasiones la concesión del préstamo. Tales gastos se integran en una sola comisión, llamada de apertura, la cual se devengará de una sola vez.

Respecto de las otras cantidades, se debe determinar la cantidad que deba abonar el prestatario por el reembolso anticipado, las comisiones por administración ordinaria del préstamo, etc.

También es cláusula financiera (la 4ª bis) la referente a la tabla de pagos y al tipo de interés anual equivalente. Si el préstamo es a interés fijo, se deberá hacer constar la cuota total que corresponda satisfacer al prestatario en cada fecha y el coste efectivo de la operación.

5º. La cláusula financiera de los gastos a cargo del prestatario: Contiene los gastos de tasación del inmueble, aranceles de profesionales, impuestos, gestión y tramitación de la escritura, seguros (de daños o de vida del prestatario), etc.

6º. La cláusula financiera de determinación de los intereses de demora. En esta cláusula se debe especificar:

a) El tipo de interés de demora, expresado sea en forma de tanto por ciento anual, sea añadiendo un margen al tipo de interés de referencia.

b) La base sobre la que se aplicará el interés de demora y su forma de liquidación.

7º. La cláusula financiera de vencimiento anticipado.- Es la cláusula financiera 6ª bis, donde se debe indicar, cuando se pacten expresamente:

a) Las causas especiales, distintas a las generales previstas en las Leyes, que faculten a la entidad prestamista para resolver anticipadamente el contrato de préstamo.

b) El importe de la penalización por resolución anticipada del contrato, cuando ésta se base en el incumplimiento por el prestatario de alguna de las obligaciones derivadas del contrato de préstamo.

El anterior listado de cláusulas financieras no puede entenderse, a mi entender, exhaustivo, sino de mínimos. Es decir, tales cláusulas son financieras por definición por lo que el Registrador no puede calificar su transcendecia real y menos aún negar acceso al registro precisamente por esta causa. Respecto de ellas, el Registrador deberá calificar, sin embargo, su validez, eficacia. Otras cláusulas que determinen o configuren el préstamo deben ser también inscritas aunque no figuren en el anterior listado (por ejemplo, imputación de pagos)

En cambio, como ya se ha indicado, no se deben inscribir las determinadas cláusulas, sean financieras o no lo sean por ser contrarios a normas imperativas o prohibitivas. Así, se pueden citar:

1. El pacto prohibitivo de segunda o sucesiva hipoteca (art. 107 L.H.).

2. Los pactos de redondeo de intereses por encima del 1/8 de punto relativos a intereses ordinarios.

3. Los pactos que impongan al deudor el abono de gastos o impuestos cuyo pago corresponde por Ley al acreedor (artículo 89-3 LGDCU).

4. Los pactos referidos al pago de comisiones y compensaciones que excedan del máximo permitido por las normas que las regulan (ej. artículos 7 a 9 de la Ley 41/2007).

5. Los pactos que determinan un tipo de referencia no objetivo por incluir el tipo de la propia entidad, total o parcialmente.

6. Los pactos de sumisión expresa a juez o tribunal distinto del que corresponda al lugar en que se encuentre el bien, por ir en contra del artículo 90-2 de la LGDCU y del artículo 684 de la LEC.

7. El pacto de renuncia del deudor a la notificación de la cesión del préstamo hipotecario, ya que con arreglo al nuevo artículo 149 de la Ley Hipotecaria la notificación al deudor no es requisito de la inscripción de la cesión, por lo que la renuncia tiene un indudable carácter personal, no siendo un elemento determinante de la obligación garantizada ni de su ejecución.

8. El pacto comisorio (artículo 1859 C.C.).

9. El pacto de renuncia del deudor a la cancelación parcial cuando el acreedor haya aceptado el pago fraccionado del crédito, porque vulnera el 124 L.H.

FOOTNOTES

[1] LACAL, P., «El mito de la accesoriedad en la hipoteca», RDP, 1949.

[2] Por todos, AMORÓS GUARDIOLA, M., «La unidad del crédito hipotecario», en *Estudios Jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, Madrid, 1985; vid. también, «La garantía patrimonial y sus formas», RGLJ, mayo, 1972, págs. 561 y sigs. y *La causa del crédito hipotecario*, Madrid, 1990.

[3] MONTÉS PENADÉS, V. L., «Crédito y garantía en la hipoteca. Una reflexión sobre las ideas de J. M. Rey Portolés», *Libro Homenaje a Juan Manuel Rey Portolés*, Madrid, 1998, pág. 691 y sigs.

[4] REY PORTOLÉS, J. M., «La hipoteca como derecho real divorciable del crédito garantizado», *Escritos sobre Hipotecas*, en *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Madrid, 1995, págs. 25 y sigs.

[5] REY PORTOLÉS, J. M., «La hipoteca como derecho real divorciable...», cit., págs. 36 y sigs.

[6] MONTÉS PENADÉS, V. L., «Crédito y garantía en la hipoteca. Una reflexión sobre las ideas de J. M. Rey Portolés», *Libro Homenaje a Juan Manuel Rey Portolés*, Madrid, 1998, pág.691 y sigs.; también en *Revista de Derecho Patrimonial*, nº. 1, 1998, p. 25

[7] GUILARTE ZAPATERO, V., «Pactos en la hipoteca inmobiliaria», *Tratado de Garantías en la contratación mercantil*, T. II, *Garantías reales*, Vol. 2, *Garantías Inmobiliarias*, Madrid, 1996, págs. 112 y sigs.; VID. también LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., «El derecho real de hipoteca y su conexión con el crédito garantizado», «, *Tratado de Garantías en la contratación mercantil*, T. II, *Garantías reales*, Vol. 2, *Garantías Inmobiliarias*, Madrid, 1996, págs. 19 y sigs.; ÁVILA NAVARRO, P., *La hipoteca (Estudios registral de sus cláusulas*). Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1990.

[8] JORDANO FRAGA, F., *La constitución de la hipoteca inmobiliaria voluntaria*, Granada, 1999, págs. 285 y sigs.

[9] GUILARTE ZAPATERO, V., «Pactos en la hipoteca...» cit., págs. 127 y sigs.

[10] Actualmente, el apartado segundo del art. 12 L. H., introducido por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, permite expresamente la inscripción de los pactos de vencimiento anticipado como cláusula financiera del préstamo. Respecto de la ejecución de la hipoteca por pacto de vencimiento anticipado por impago de alguno de los plazos, vid. art. 693 L.E.C.

[11] Igualmente, en la actualidad un tal pacto podría acceder al Registro de la Propiedad como cláusula financiera.

[12] MONTÉS PENADÉS, V. L., «Crédito y garantía en la hipoteca...», cit., págs. 719 y sigs.

[13] GUILARTE ZAPATERO, V., «Pactos en la hipoteca...» cit., págs. 124 y 125 y sigs.

[14] Ley 41/2007 de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

[15] VEGA TORRE, J., *Foro hipotecario, Proyecto de Ley de mejora y flexibilización del mercado hipotecario,18 de abril de 2007*, pág. 7. (La redacción de la cita es transcripción de su intervención tal y como se publica en el Foro hipotecario).

[16] VEGA TORRE, J., *Foro..., cit.*, págs. 7 y 8.

[17] DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Foro..., cit.,*, págs. 10 a 12 (Texto transcrito).

[18] SANZ COMPANY, R., *Foro..., cit.,* págs. 12 y sigs.

[19] SANZ COMPANY, R., *Foro...*, cit., pág. 14.

[20] SANZ COMPANY, R., *Foro...*, cit., pág. 12.

[21] En concordancia, el artículo 98 L. H. dispone que los derechos personales no asegurados especialmente, las menciones de derechos susceptibles de inscripción especial y separada y los legados no legitimarios que no hayan sido anotados preventivamente dentro del plazo legal no tendrán la consideración de gravámenes a los efectos de esta Ley y serán cancelados por el Registrador a instancia de parte interesada.

[22] Como se sabe, el art. 2 L.M.H. dispone, en su apartado primero que las Entidades financieras que a continuación se detallan podrán otorgar préstamos y emitir títulos que se regulan por la presente Ley, en las condiciones que reglamentariamente se determinen, sin perjuicio de las normas especiales del Banco Hipotecario de España:

a) El Banco Hipotecario de España y, cuando así lo permitan sus respectivos Estatutos, las Entidades oficiales de crédito.

b) Los Bancos privados, comerciales o industriales y de negocios, incluido el Banco Exterior de España.

c) Las Cajas de Ahorro.

d) La Caja Postal de Ahorros.

e) Las Entidades de Financiación reguladas por el Real Decreto ochocientos noventa y seis/mil novecientos setenta y siete, de veintiocho de marzo.

f) Las Entidades cooperativas de crédito.

g) Las Sociedades de crédito hipotecario a que se refiere el artículo tercero siguiente.

[23] Vid., HERNÁNDEZ MORENO, A., y VIOLA DEMESTRE, «La Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios (breves notas y aproximación crítica)», en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Tomo II, vol. 2, *Garantías inmobiliarias*, Madrid, 1996.

[24] En realidad la DGRN no se ha pronunciado sobre la cuestión planteada porque la consulta del Conejo General del Notariado que provocó la citada resolución se refería expresamente a los efectos arancelarios y a las aperturas de crédito con garantía hipotecaria, sin especificar en que consistían esas llamadas aperturas de crédito. Igual ocurre con la DGT, la cual se pronunció sobre la aplicación de los beneficios fiscales en la novación y subrogación de los contratos de apertura de crédito, sin especificar tampoco en qué consistían tales créditos. Aquí, en cambio, nos referimos a los llamados créditos totales, abiertos o patrimoniales que, en definitiva, se trata de préstamos que se instrumentan en cuenta corriente o en otro tipo de cuenta. Los créditos con garantía hipotecaria que no esconden préstamos, es decir, los puros de ámbito comercial o empresarial quedan fuera de la Ley, que parece destinada a la financiación de la adquisición o rehabilitación de la vivienda (aunque la Ley no lo exija).

Por otro lado, la cuestión no es de interpretación extensiva o de aplicación analógica de la Ley, sino de determinar si la Ley se aplica directamente, es decir, si tales créditos se hallan en el ámbito de aplicación de la Ley.

[25] Vid., por ejemplo, MEZQUITA DEL CACHO, Cláusulas reprobables en la contratación inmobiliaria y crediticia de adhesión relativa a viviendas, *Act. Civil*, 1995-1, 247 y sigs.

[26] Vid. el reciente y magnífico trabajo de GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., *La calificación registral*, Madrid, 2008, *passim*.

[27] VALPUESTA FERNÁNDEZ, Mª. ROSARIO, *Derecho civil. Derecho reales y Derecho Inmobiliario Registral*, 2ª. ed., Valencia, 2001, págs. 580 y sigs. En general, vid., GARCIA GARCIA, J. M., *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, I, Madrid, 1988.

[28] Vid. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., «Calificación de los servicios bancarios como servicios de uso común, ordinario y generalizado a los efectos de la LGDCU», en *RDBB*, nú. 41, enero-marzo 1991, pág. 222; REYES LÓPEZ, Mª. J., *Derecho de consumo*, Valencia, 1993, pág. 165. ANDREU MARTI, «La reciente normativa sobre protección del prestatario hipotecario», *RDBB*, 1995, págs. 103 y sigs.; BATISTA MONTERO RIOS, «Crédito bancario e hipoteca», *RDM*, 1966. Por último, vid. RODRÍGUEZ ALMEIDA, Mª. GOÑI, «El control registral de la cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario», en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 705, enero-febrero 2008, págs. 397 y sigs. Vid., GARCIA GARCIA, J. M., «No inscribibilidad de determinadas cláusulas de las escrituras de hipoteca en garantía de créditos o préstamos», *La Ley,* 1989-4, págs. 1120 y sigs.; y «Un problema de hipoteca: unas cláusulas de vencimiento anticipado y de interés variable no inscribibles», *RCDI*, 1987, págs. 1463 y sigs.

[29] Por último, vid., GARCÍA-ESCARGAZA GONZÁLEZ, F., *Las condiciones generales en el préstamo hipotecario su control por notarios y registradores de la propiedad*, Madrid, 2007, *passim*.

[30] GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «Las condiciones generales de la contratación en los contratos bancarios. El Registro de condiciones generales de la contratación y la eficacia de la inscripción», en A.A.V.V., *Los contratos bancarios*, Madrid, 2007, págs. 241 y sigs.

[31] Vid., GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *Las cláusulas no inscribibles en el contrato de préstamo hipotecario*, Madrid, 2006

[32] MONTÉS PENADÉS, V. L., «Crédito y garantía en la hipoteca...», cit., págs. 719 y sigs.

[33] MONTÉS PENADÉS, V. L., «Crédito y garantía en la hipoteca...», *ibidem*.

[34] En general, para éste y para tantas otras cuestiones acerca de las garantías personales y reales, vid., CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los derechos de garantía*, Cizur Menor-Navarra, 2002, págs. 673 y sgis.

[35] MONTÉS PENADÉS, V. L., «Crédito y garantía en la hipoteca...», cit., págs. 719 y sigs.

[36] Acerca de la cuestión, vid., BERNAL-QUIRÓN CASCIARO, J. J., «Razones por las que no debe inscribirse el pacto de vencimiento anticipado por enajenación o arrendamiento (indiscriminados) de la finca hipotecada aun después de la Ley de Reforma Hipotecaria 41/2007, de 7 de diciembre», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 141, 2007, págs. 3813 y sigs.

[37] La Ley 41/2007 de reforma también ha modificado el apartado tercero del citado art. 693 LEC, el cual queda redactado como sigue: «En el caso a que se refiere el apartado anterior, el acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviese vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte. A estos efectos, el acreedor podrá solicitar que se proceda conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 578.

Si el bien hipotecado fuese vivienda familiar, el deudor podrá aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior.

Liberado un bien por primera vez, podrá liberarse en segunda o ulteriores ocasiones, siempre que al menos, medien 5 años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor.

Si el deudor efectuase el pago en las condiciones previstas en los apartados anteriores, se liquidarán las costas, y una vez satisfechas éstas, el Tribunal dictará providencia declarando terminado el procedimiento. Lo mismo se acordará cuando el pago lo realice un tercero con el consentimiento del ejecutante».

[38] RIVERA, M., «Préstamos hipotecarios y cláusulas de vencimiento anticipado», *Boletín Colegio Registradores*, nº. 64, Madrid, 2000, pág. 1.967.

SECCIÓN FISCAL

Francisco Molina Balaguer. Registrador de la Propiedad

PROCEDIMIENTO. ISD. PRESCRIPCIÓN. PLAZO ORDINARIO Y PLAZO DE PRÓRROGA AUTOMÁTICA.- STS 16 DE FEBRERO DE 2007.

Se trata de dilucidar si procede la aplicación del plazo prescriptivo de cuatro o de cinco años, tras la entrada en vigor de la Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, Ley 1/1998, cuyo art. 24 y disposición final 1ª reducen los plazos de prescripción. Si bien la entrada en vigor de la Ley se produjo el 19 de marzo de 1998, su art. 24, y en consecuencia, la nueva redacción del art. 64 de la LGT de 28 de diciembre de 1968, no cobró vigencia hasta el 1 de enero de 1999. El desarrollo reglamentario de la Ley, por RD 136/2000, de 4 de febrero, estableció en su disposición final 4ª que el plazo de prescripción de cuatro años se aplicaría desde el 1 de enero de 1999, cualquiera que fuera la fecha de realización del hecho imponible, de comisión de la infracción o del ingreso indebido, sin perjuicio de la interrupción de la citada prescripción que se hubiera podido producir con anterioridad.

Es por ello que la Sentencia recurrida estima que, por más que el hecho imponible se hubiera realizado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 1998, a partir de 1 de enero de 1999 el plazo de prescripción del derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria por ISD era de cuatro años.

No obstante, el Tribunal acoge a través de STS de 25 de septiembre de 2001, doctrina más moderna, y considera:

1.- que, si a 1 de enero de 1999, ya hubieran transcurrido 4 años desde el fin del plazo reglamentario de presentación de la declaración, o del plazo de pago voluntario, sin que medie causa de interrupción de la prescripción, no tiene ya la Administración acción para determinar la deuda liquidándola, ni para exigir el pago de las deudas ya liquidadas;

2.- que, si a 1 de enero de 1999, no habían aún transcurrido 4 años, no se puede haber producido prescripción, que tendrá lugar en cuanto se cumplan los 4 años, salvo que antes medie causa legal de interrupción;

3.- que, si a 1 de enero de 1999 se ha producido la interrupción del cómputo del plazo de prescripción, desde entonces debe atenderse al plazo de 4 años, no al de 5 que regía anteriormente.

Por tanto, si el momento en que se cierra el periodo en que ha estado inactiva la Administración es posterior a 1 de enero de 1999, cualquiera que sea el *dies a quo*¸la prescripción tiene un plazo de 4 años, y, por el contrario, si la inactividad administrativa cesó antes de 1 de enero de 1999, el plazo de prescripción seguirá siendo el de 5 años.

Se cita igualmente STS de 10 de mayo de 2004, conforme a la cual el plazo de prescripción de 4 años opera sobre el *dies ad quem*, 'de manera que, respecto de la última redacción (la de la Ley 1/1998) el nuevo plazo prescriptivo de 4 años opera sobre todos los plazos de prescripción abiertos y en curso, y, así, en todos los casos en que en 1 de enero de 1999 hubiera transcurrido el plazo de 4 años contados desde el *dies a quo*, la prescripción se habrá producido, precisamente el 1 de enero de 1999 y en aquellos que hubiera transcurrido un plazo menor, prescribirá el derecho cuando después de esta fecha se cumpla el plazo de 4 años, contados obviamente desde el *dies a quo*.'

En el caso de autos, el causante falleció el 2 de noviembre de 1988 y el 6 de noviembre de 1993 se requirió al heredero fiduciario que había verificado la sustitución fideicomisaria para que acreditara el pago de las cuotas dejadas de ingresar por su consideración como mero usufructuario. En consecuencia, tanto el *dies a quo* como el fin del plazo interruptivo de la prescripción se produjeron bajo la vigencia de la normativa anterior, y debe aplicarse el plazo prescriptivo de 5 años. La cuestión que se suscita entonces en la instancia es el de la fijación del *dies a quo*: el vencimiento del plazo ordinario de 6 meses desde el fallecimiento del causante, de la prórroga ordinaria de 6 meses más, o de la prórroga extraordinaria de otros 6 meses a petición de parte.

Entiende el Tribunal que el único plazo que se puede considerar 'reglamentario' es el ordinario de presentación de documentos, de 6 meses desde la apertura de la sucesión, y ello por:

1.- las prórrogas, incluida la ordinaria, amplían un plazo ya finalizado, y sólo comportan la no aplicación de sanciones;

2.- la prórroga ordinaria o automática sólo procede cuando, espontáneamente y sin requerimiento administrativo previo se presenta la documentación oportuna, en el plazo que va desde los seis meses contados desde la apertura de la sucesión y otros 6 meses, comportando el pago de un recargo del 5% de la cuota. La prórroga extraordinaria, más allá de los segundos 6 meses, comportaría un recargo del 10% más intereses de demora;

3.-por tanto, tales prórrogas no pueden considerarse plazo ordinario de declaración del impuesto, ni tener incidencia en el cómputo de la prescripción.

Así, ya STS de 3 de marzo de 2001 y 5 de abril de 2002 sentaron que el cómputo de los 5 años de prescripción debe iniciarse cuando se cumplan 6 meses desde el fallecimiento del causante.

PROCEDIMIENTO. APLAZAMIENTO. PRESTACIÓN DE GARANTÍAS.- RTEAC 30 DE MAYO DE 2007.

Se impugna una providencia de apremio invocando el aplazamiento en periodo voluntario de la deuda tributaria. Lo cierto, como señala el TEAC, es que se solicitó por la parte el aplazamiento en periodo voluntario, pero sin incluir en la solicitud el compromiso irrevocable de prestación de aval solidario o la declaración responsable e informe justificativo de la imposibilidad de obtener éste, con ofrecimiento de otras garantías. Conforme a las previsiones legales, la Administración requirió al interesado para la presentación de la documentación relativa a las garantías ofrecidas, sin que lo verificara así. Según el art. 51 RD 1684/1990, en su redacción dada por RD 448/1995, ha de tenerse entonces por desistida la solicitud, por más que, vencido ya el plazo de abono voluntario, se formulara una nueva solicitud de aplazamiento, con exención de garantías. La alegación de la parte, de haberse dictado la provedencia de apremio sin haber resuelto previamente sobre la solicitud de aplazamiento decae, desde el momento que se tiene por desistida la primera solicitud, con lo que el plazo de ingreso voluntario no quedó ampliado, y sin que la presentación de la segunda solicitud de aplazamiento pueda producir un efecto suspensivo de la ejecución de una deuda que ya ha entrado en vía ejecutiva.

RECLAMACIÓN ECONÓMICO-ADMINISTRATIVA. DESESTIMACIÓN PRESUNTA POR SILENCIO. RECURSO DE ALZADA. CÓMPUTO DEL PLAZO.- RTEAC 3 DE MAYO DE 2007.

Interpuesta reclamación económico-administrativa el 26 de julio de 2003, se reputa ésta desestimada por silencio el 26 de julio de 2004, con lo que el plazo para la interposición del recurso de alzada contra la desestimación presunta vencería el 26 de agosto del mismo. Interpuesto el recurso el 7 de febrero de 2005, se inadmite por extemporáneo.

Se posiciona así el TEAC en la materia, ya que el TC y la doctrina se habían venido inclinando tradicionalmente, ante el hecho de que el silencio administrativo no supone propiamente un acto, ni, por tanto, un modo de poner término a un procedimiento, por dejar abierto el plazo para la interposición de recurso contra el acto presunto, en tanto no exista un pronunciamiento expreso de la Administración. Frente a esta tesis, y en aplicación ya de la LGT de 2003, opta el TEAC por una aplicación literalista de la norma, que determina en sus arts. 240 y 241 un plazo de un mes para la interposición del recurso de alzada, contado desde la notificación de la resolución a impugnar, y de un año para la resolución de la reclamación, tras el cual se entenderá desestimada a los efectos de interposición de recurso, "cuyo plazo se contará a partir del día siguiente de la finalización del plazo de un año a que se refiere este apartado".

LÓGICA

LÓGICA

PUEBLOS

A lo largo de una carretera hay cuatro pueblos seguidos: los Rojos viven al lado de los Verdes pero no de los Grises; los Azules no viven al lado de los Grises. ¿Quiénes son pues los vecinos de los Grises?

LA SOLUCIÓN SALDRÁ EN LA PRÓXIMA REVISTA

SOLUCIÓN AL PROBLEMA DE LA REVISTA 454

OSTRAS: a)

RESEÑA LEGISLATIVA

RESEÑA LEGISLATIVA
(BOE del 01-11 al 30-11 del 2008)

DISPOSICIONES ESTATALES

MEDIDAS FINANCIERAS

ORDEN EHA/3118, de 31 de octubre (BOE 3/11), por la que se desarrolla el RD-Ley 6/2008, de 10 de octubre, por el que se crea el Fondo para la Adquisición de Activos Financieros.

CALENDARIO LABORAL

RESOLUCIÓN de 5 de noviembre de 2008 (BOE 15/11), de la Dirección General de Trabajo, por la que se publica la relación de fiestas laborales para el año 2009.

ISO

RD 1793/2008, de 3 de noviembre (BOE 18/11), por el que se modifica el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el RD 1777/2004, de 30 de julio.

REGLAMENTO PROCEDIMIENTOS AMISTOSOS

RD 1794/2008, de 3 de noviembre (BOE 18/11), por el que se aprueba el Reglamento de procedimientos amistosos en materia de imposición directa.

IRPF, ISO Y IR NO RESIDENTES

ORDEN EHA/3300/2008, de 7 de noviembre (BOE 18/11), por la que se aprueba el modelo 196, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Impuesto sobre Sociedades e Impuesto sobre la Renta de no Residentes (establecimientos permanentes). Retenciones e ingresos a cuenta sobre rendimientos del capital mobiliario y rentas obtenidos por la contraprestación derivada de cuentas en toda clase de instituciones financieras, incluyendo las basadas en operaciones sobre activos financieros, declaración informativa anual de personas autorizadas y de saldos en cuentas de toda clase de instituciones financieras.

MEDIDAS TRIBUTARIAS

RD 1804/2008, de 3 de noviembre (BOE 18/11) por el que se desarrolla la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, se modifica el Reglamento para la aplicación del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo, aprobado por el RD 1270/2003, y se modifican y aprueban otras normas tributarias.

TRIBUNAL SUPREMO

SENTENCIA de 14 de octubre de 2008 (BOE 22/11), de la Sala Tercera del TS, por la que declara la nulidad del último inciso del artículo 340 del Reglamento Notarial en la redacción dada por el apartado 211 del artículo primero del RD 45/2007, de 19 de enero, que dice: "Creada dicha unidad el Notario le prestará auxilio en el ejercicio de sus funciones, debiendo facilitar a dicha unidad especializada cualquier información que ésta les requiera para el ejercicio de su función de examen", así como del último inciso del art. 344.A.11 en la redacción dada por el apartado 215 del citado artículo, que dice: "Igualmente, establecerá, en su caso, las compensaciones institucionales que estime procedente, para aquellos cargos del Consejo que se entienda oportuno, a fin de garantizar la debida dedicación de los mismos a sus obligaciones corporativas".

MEDIDAS FINANCIERAS

ORDEN EHA/3364/2008, de 21 de noviembre (BOE 24/11), por la que se desarrolla el artículo 1 del RD-ley 7/2008, de 13 de octubre, de Medidas Urgentes en Materia Económico-Financiera en relación con el Plan de Acción Concertada de los Países de la Zona Euro.

NACIONALIDAD

INSTRUCCIÓN de 4 de noviembre de 2008 (BOE 26/11), de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el derecho de opción a la nacionalidad española establecido en la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre.

REGISTROS CIVILES

INSTRUCCIÓN de 4 de noviembre de 2008 (BOE 26/11), de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre acceso a la consulta de los libros de defunciones de los registros civiles, dictada en desarrollo de la disposición adicional octava de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre.

DISPOSICIONES AUTONÓMICAS

COMUNIDAD VALENCIANA – ASOCIACIONES

LEY 14/2008, de 18 de noviembre de 2008 (DOGV 25/11), de la Generalitat, de Asociaciones de la Comunitat Valenciana.

Editada por Registradores de la Comunidad Valenciana