

acrediten, para adquirir los derechos inherentes a esa cualidad, que el testador no dejó a su fallecimiento otros herederos forzosos si el instituido o los instituidos reunían ese carácter, o que no dejó ningún heredero forzoso si el nombrado era una persona extraña, por cuya razón no han establecido procedimientos destinados a obtener la justificación de semejante circunstancia negativa.

b) Que no puede identificarse aquella doctrina, relativa al supuesto de inexistencia de otras personas interesadas en la herencia que no sean las llamadas como tales en el título sucesorio –un hecho negativo que no es necesario probar–, con la posibilidad de prescindir en la partición de las que si han sido llamadas, pues la exclusión de éstas en la partición de la herencia exige la justificación de la falta de atribución a ellas de los derechos a los que han sido llamadas. Y no puede desconocerse que en una sustitución vulgar para el caso de preterición del instituido los sustitutos aparecen condicionalmente instituidos de suerte que, acreditado el cumplimiento de la condición que determina su llamamiento, la muerte del instituido, habrá que probar la razón por la que el mismo no tiene efectividad. Esta era la conclusión a que llegaba la Resolución de 21 febrero 1992 cuando expresaba que la sola consideración de la inseguridad que provocaría una tesis como la entonces propugnada por el recurrente en orden a la firmeza de la partición de este modo realizada, así como la evidente inadmisión en la esfera registral (regida por el principio de titulación fehaciente del hecho o acto inscribible –artículo 3 Ley Hipotecaria–) de un pretendido medio de prueba que se reduce a las manifestaciones de quienes invocan la condición debatida, bastaría para la desestimación del recurso; mas ésta viene además confirmada –se añadía– por el texto claro y categórico del artículo 82, párrafo tercero, del Reglamento Hipotecario cuando exige –más bien permite– acta de notoriedad para la determinación del extremo debatido.

A ello cabe añadir, ahora, que el acta de notoriedad es, sin duda, un medio especialmente adecuado para acreditar en estos casos los extremos indicados, aunque no el único susceptible de utilización, pues también cabría hacerlo, por ejemplo, mediante los instrumentos públicos que reseña la registradora en su nota.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la calificación impugnada.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo civil de la capital de la provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 13 de diciembre de 2007.–La Directora General de los Registros y del Notariado, Pilar Blanco-Morales Limones.

690

RESOLUCIÓN de 21 de diciembre de 2007, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por el notario de Marbella don Antonio Ruiz-Clavijo Laencina, contra la negativa de la registradora de la propiedad n.º 4, de Marbella, a inscribir una escritura de préstamo hipotecario.

En el recurso interpuesto por el Notario de Marbella Don Antonio Ruiz-Clavijo Laencina, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad n.º 4 de Marbella Doña Nieves Ozamiz Fortis, a inscribir una escritura de préstamo hipotecario.

Hechos

I

En escritura autorizada por el Notario de Marbella, Don Antonio Ruiz-Clavijo Laencina, con fecha veintisiete de abril de dos mil siete, número 1283 de protocolo, la mercantil de nacionalidad irlandesa Seniors Money Spain concedió un préstamo a los esposos Don Norman Nathan Curtis y Doña Enid Curtis, con la garantía hipotecaria de una vivienda unifamiliar, sita en Marbella, perteneciente a la demarcación del Registro n.º 4 de esa ciudad.

II

Presentada la primera copia en el Registro de la Propiedad de Marbella n.º 4, fue calificada negativamente por la titular de dicho Registro Doña Nieves Ozamiz Fortis, con nota de calificación, de la que resultan los siguientes: Hechos. 1) No resulta determinado el plazo de duración ni de la hipoteca, ni del préstamo garantizado por la misma. En la Cláusula Financiera 2.ª sobre «Reembolso», se indica que el importe del préstamo

se reembolsará a) cuando se formalice la venta de la finca o b) cuando la entidad prestamista presente un requerimiento de pago por la deuda pendiente, añadiendo que «mientras el prestatario no haya incumplido la presente escritura» la entidad prestamista sólo podrá requerir el pago en una serie de casos: a) seis meses desde la muerte del último residente nombrado o b) que el último residente nombrado haya dejado de residir en la finca. Incluso se indica que se entiende por dejar de residir, mantenerse ausente seis meses, se tenga o no intención de regresar. En la Cláusula No Financiera 9.ª se reitera esta pretendida definición indirecta del plazo de duración; 2. « La Cláusula 2.ª, regula la imputación de pagos, fijando el siguiente orden: «a) intereses devengados, pero aún no cargados en la cuenta del préstamo; b) a comisiones y gastos a pagar, pero aún no cargados en la cuenta del préstamo; c) al importe debido por: intereses, comisiones y gastos devengados; 3. En relación a la fijación de intereses, pueden reseñarse los siguientes hechos: 3.1 El penúltimo párrafo de la Cláusula 2.ª y el último párrafo de la Cláusula 8.ª, regulan la posibilidad de un «tipo de interés remuneratorio alternativo de penalización», el cual implica un tipo de penalización del 2% anual por encima del tipo de interés remuneratorio, previsto para el caso en que la deuda total haya vencido para reembolso y no se haga el pago de conformidad con los términos previstos en la escritura ó si se incurre en cualquier otra causa de incumplimiento, sin que dicho tipo de interés sea objeto de discriminación respecto de los intereses remuneratorios garantizados en la Cláusula de Constitución; 3.2 La Cláusula 4.ª establece la posibilidad de un «Interés remuneratorio alternativo» que puede beneficiar a la parte prestataria en la medida en que ésta cumpla las manifestaciones y garantías establecidas en la Cláusula 14.ª quedando al unilateral arbitrio de la entidad acreedora la valoración de dicho cumplimiento; y seguidamente se atribuye a la entidad acreedora la facultad de modificar unilateralmente «los intervalos a los que se carga el interés»; 3.3 La Cláusula 3.ª, en su párrafo 4.º acuerda la «capitalización del interés, las comisiones y los gastos»; 3.4 La Cláusula 3.ª, en su párrafo 1.º establece un diferencial ascendente al 4% anual, que sumado al tipo de interés referencial «Euribor a tres meses», permite calcular el tipo de interés variable aplicable lo que excede con claridad de un límite razonable, teniendo en cuenta las circunstancias en que se desenvuelve en la actualidad el mercado hipotecario: 4. En relación a la Cláusula 11.ª de Constitución Hipotecaria, pueden reseñarse los siguientes puntos: 4.1 La referida Cláusula introduce una nueva figura, a la que denomina «Inexistencia de Garantía Patrimonial» que se define en los siguientes Términos: «Si la cuantía del préstamo crece hasta superar el valor de la finca y el préstamo está siendo reembolsado una vez producida la venta de la finca, la responsabilidad del prestatario queda limitada a los netos obtenidos por la venta de la finca.», siempre y cuando el prestatario cumpla con los requisitos establecidos en el último párrafo del referido artículo, entre los que se encuentra la amplísima y absolutamente subjetiva condición de que «no se haya dado un supuesto de incumplimiento»; 4.2 Los intereses remuneratorios garantizados hipotecariamente resultan indeterminados, lo que se observa analizando los siguientes incisos: En su primer párrafo la Cláusula 11.ª, garantiza «intereses (capitalizados según la cláusula tres anterior) hasta un máximo de nueve mil ciento treinta y siete euros», y en su penúltimo párrafo prevé la posibilidad de que como consecuencia de la capitalización referidas «la cuantía de préstamo crezca hasta superar el valor de la finca»; 4.3 La Cláusula de Constitución no garantiza expresamente las Comisiones, los Gastos (salvo los relativos vinculados a la ejecución hipotecaria), y las Primas del Seguro previstas en la Cláusula 14.ª; 5. En relación con la tasación de la finca hipotecada: 5.1 La Cláusula 13.ª establece; «En caso de que el valor de mercado de la finca haya subido sustancialmente en el futuro, en un punto del tiempo que se determinará a discreción de Seniors Money Spain, el prestatario estará obligado, a petición del primero, a modificar la presente cláusula para introducir el valor actualizado». 5.2 La misma Cláusula establece un procedimiento de retasación absolutamente parcial; 6. En relación con la Cláusula 14.ª en que se regulan «Obligaciones del Prestatario. Manifestaciones y garantías del Prestatario», cuyo supuesto incumplimiento, recordemos que está previsto en la propia Cláusula de Constitución como condicionante de la no aplicación de la referida figura de «Inexistencia de Garantía Patrimonial», que pudiera derivar en la afectación del patrimonio de la parte hipotecante, más allá de la finca sobre la que se constituye la garantía: 6.1 En los párrafos primero, segundo y tercero de la anterior cláusula, hacen referencia al compromiso de no alquilar la finca, de no constituir nuevas cargas o gravámenes, salvo con los requisitos previstos, y a la obligación de notificar cualquier posible acto de disposición; 6.2 En el párrafo octavo, regula el procedimiento de retasación; 6.3 En los párrafos decimoquinto y decimonoveno, regulan diversas obligaciones cuyo objetivo general es mantener la finca en un estado tal, que permita cubrir una responsabilidad que iría creciendo a lo largo del tiempo como consecuencia de la larguísima capitalización de intereses; 6.4 En el párrafo undécimo, tras hacer referencia al procedimiento de retasación anteriormente referido, y para cubrir la posibilidad de que la parte prestataria no lo llevara a cabo en el plazo determinado discrecionalmente por la enti-

dad acreedora, establece lo siguiente: «El Prestatario apodera irrevocablemente a Seniors Money Spain, en régimen de autocontratación»; 6.5 A lo largo de la referida Cláusula se pactan una serie de obligaciones de notificación e información por parte del prestatario, tales como «El Prestatario deberá cumplimentar cada año un cuestionario que Seniors Money Spain le remitirá acerca de sus circunstancias, seguros de vida y aquellos asuntos que Seniors Money Spain pueda necesitar.»; 7. En relación con la Cláusula 15.^a en que se regulan los «Procedimientos judiciales»: 7.1 Las partes acuerdan que la suma exigible en caso de ejecución, será la que resulte de la liquidación practicada unilateralmente por la entidad acreedora; 7.2 Dicha liquidación no se ajusta a las cantidades adeudadas y garantizadas hipotecariamente, al incluirse conceptos muy variados, tales como «ampliaciones express», «gastos y comisiones», «intereses remuneratorios alternativos»; 8. En relación con la Cláusula 18.^a en que se regulan posibles «Aclaraciones y correcciones: «El prestatario autoriza expresamente a Seniors Money Spain, incluso en caso de conflicto de intereses, a hacer cuantas aclaraciones y correcciones.» En el supuesto de no haber sido denegada la inscripción del documento, el mismo no hubiera resultado inscribible en lo que sigue: A) Las Estipulaciones carentes de trascendencia real, sin que la denegación implique prejuzgar su eficacia obligacional entre las partes contratantes. B) La Estipulación 8.^a relativa al vencimiento anticipado del préstamo hipotecario, en cuanto a lo que sigue: 1. el primer párrafo del apartado c), el apartado g) en cuanto a las obligaciones que resultan excluidas por la nota al título, y los apartados h) y i); 2. el apartado b), por no ser acorde a lo establecido en el artículo 117 de la Ley Hipotecaria, al establecer como única, una de las posibles consecuencias que para los casos a que se refiere, y por decisión judicial, determinada el artículo referido; 3. los apartados d) y f); 4. el apartado g). C) Y respecto a los supuestos referidos en el anterior apartado II.1, y dado que defendemos su calificación como supuestos de vencimiento anticipado, no resultan inscribibles según se argumenta jurídicamente en el siguiente apartado. Fundamentos de Derecho. A los anteriores hechos, son de aplicación los siguientes: I. Los documentos de todas clases, susceptibles de inscripción, se hallan sujetos a calificación por el registrador, quien, bajo su responsabilidad, ha de resolver acerca de la legalidad de sus formas extrínsecas, la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos contenidos en los mismos, de conformidad con lo establecido en los artículos 18 y 19 de la Ley Hipotecaria y 98 a 100 del Reglamento para su ejecución; II. En relación a las circunstancias reseñadas en el Hecho II anterior, debe tenerse en consideración: 1. La determinación de un plazo cierto de duración, y en consecuencia de una fecha de vencimiento, es imprescindible, ya que condiciona la propia ejecución hipotecaria, así como la prescripción de acciones, y en su caso la caducidad de la propia inscripción de hipoteca, todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 82 de la Ley Hipotecaria. Dicho artículo parece admitir la existencia de hipotecas en «las que no se hubiera pactado un plazo concreto de duración», lo que resulta una conclusión precipitada, ya que en las dos formas de cancelación por caducidad que recoge (la ordinaria y la especial o caducidad convenida por las partes), los plazos para la caducidad se contarán desde que la obligación garantizada «debió ser satisfecha en su totalidad según el Registro», lo que exige que el Registro publique el plazo máximo de cumplimiento de la obligación garantizada; La previsión contenida en la Cláusula Financiera 2.^a sobre posibilidad de exigir el reembolso por incumplimiento de cualquier obligación contenida en la escritura es inadmisibles, por su generalidad y por envolver pactos obligacionales que no pueden trascender a terceros, conforme a los artículos 9 y 51.6 del Reglamento Hipotecario; La circunstancia de estar siendo tramitado un proyecto de Ley de modificación del mercado hipotecario, en el que se contempla la figura conocida bajo el nombre de hipoteca inversa, no autoriza a aplicar desde ya criterios que a esta fecha no tienen respaldo legal, ni tampoco se tiene certeza alguna de que lleguen a tenerlo tras la tramitación parlamentaria del citado proyecto. La propuesta de regulación de la hipoteca inversa en este Proyecto de Ley revela, cuanto menos, que tal figura no es viable «lege data». 2. En relación con lo referido en el anterior apartado II.2, no resulta admisible la imputación de pagos correspondientes a cantidades no cargadas y en consecuencia no líquidas ni exigibles, y cuya determinación y orden, de conformidad con el artículo 1.172 del Código Civil, se considera una prerrogativa de la parte deudora que «podrá declarar. a cual de ellas debe aplicarse». 3. En relación con lo referido en el anterior apartado II.3.: 3.1 La fijación de un «tipo de interés remuneratorio alternativo de penalización», ascendente al 2% sobre el tipo de interés ordinario aplicable, que no es objeto de discriminación respecto de los intereses remuneratorios garantizados en la Cláusula de Constitución hipotecaria, se considera insubsanable, al ser contrario al principio de especialidad o determinación, según Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 23 y 26 de octubre de 1987. 3.2 La aplicación de un «tipo de interés remuneratorio alternativo» que puede beneficiar a la parte prestataria en la medida en que cumpla las manifestaciones y garantías previstas en la Cláusula 14.^a, queda al exclusivo arbitrio de una de las

partes; circunstancia que nuevamente se produce al otorgarse a la entidad acreedora la prerrogativa de «modificar los intervalos a los que se carga el interés», extremos ambos que se consideran defecto insubsanable, al resultar contrarios a lo establecido en el artículo 1.256 del Código Civil, en virtud del cual «La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes». 3.3 El Anatocismo consistente en la acumulación de los intereses vencidos y no satisfechos al capital principal para que, a su vez, sigan produciendo intereses, se considera defecto insubsanable, por la posibilidad de que su aplicación incremente de forma imprevisible la cifra de responsabilidad hipotecaria por principal, más allá de lo convenido en la Cláusula de Constitución de la hipoteca, y ser ello contrario a las exigencias del principio de especialidad, según Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 20 de mayo del año 1987. 3.4 Aún cuando en aplicación de la libertad de contratar reconocida en el artículo 1.255 del Código Civil, las partes puedan fijar unos intereses usurarios y leoninos, dado que uno de los límites a dicha libertad es la Ley, y de conformidad con la Ley de Represión de la Usura, cuyo ámbito puede extenderse, según la doctrina, a toda aquella operación en la que exista un crédito y a su vez haya una grave desproporción entre la prestación que debe realizar el acreedor y la contraprestación debida por el deudor; siempre y cuando ésta se encuentre conectada de una manera u otra al uso o disponibilidad del capital ajeno, de manera que como confirma la doctrina del Tribunal Supremo (S.T.S. de 7 de mayo de 2002), puede considerarse como interés usurario, conforme al artículo 1 de la Ley de Represión de la Usura, el que resulte notablemente superior al normal del dinero o manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, e inciden en la figura del préstamo usurario, conforme al artículo 9, aquellos supuestos en que por la vía de la simulación se contraten operaciones que envuelvan un préstamo usurario. (S.T.S. de 21 de febrero de 2003). 4. «En relación con lo referido en el anterior apartado II.4: 4.1 La figura referida como «Inexistencia de Garantía Patrimonial», y su condicionamiento a cualquier posible incumplimiento por parte del prestatario se considera defecto insubsanable, por ser contrario a las exigencias de principio de especialidad, y de conformidad con lo establecido en el artículo 1.256 del Código Civil, al quedar al arbitrio de una de las partes su efectiva aplicación. 4.2 La capitalización de los intereses en la propia Cláusula de Constitución, seguida de la fijación de un máximo aplicable, impide discernir si se cumple o se incumple el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, y estaría dejando la puerta abierta a una duplicación de la garantía, lo que se considera en sí mismo defecto insubsanable, con independencia de lo ya referido en relación al anatocismo. 4.3 Las referencias contenidas a lo largo del clausulado a Comisiones, Gastos (salvo los vinculados a la ejecución hipotecaria) y Primas de Seguro, no son inscribibles, por no estar garantizados hipotecariamente, sin que la denegación implique prejuzgar su eficacia obligacional entre las partes contratantes, de conformidad con los artículos 9 y 51.6 del Reglamento Hipotecario. 5. En relación con lo referido en el anterior apartado II.5: 5.1 El momento temporal, y en consecuencia la estimación de que el valor de la finca ha subido sustancialmente, a los efectos de iniciar un proceso de retasación, no puede quedar el arbitrio de una de las partes de conformidad con lo establecido en el artículo 1.256 del Código Civil. 5.2 El procedimiento de retasación previsto en la Cláusula 13.^a adolece de defecto insubsanable, por resultar contrario al artículo 117 de la Ley Hipotecaria, en el que se exige objetividad e imparcialidad en tal procedimiento, aún en el caso de que el titular actúe con dolo culpa o negligencia, por lo que con mayor motivo resulta inadmisibles un procedimiento absolutamente discrecional cuando ni siquiera concurre culpa del titular hipotecante. 6. En relación con lo referido en el anterior apartado II.6: 6.1. Los apartados A, B y C, y los dos últimos apartados de la presente Cláusula, se consideran defecto insubsanable, de conformidad con el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, que niega el acceso al Registro de este tipo de prohibiciones de disponer. 6.2 El apartado D, se considera defecto insubsanable, por ser contrario al artículo 117 de la Ley Hipotecaria, tal y como se indica en el apartado 5.2. anterior. 6.3 Los apartados F y G, no son inscribibles, por carecer en sí mismos de trascendencia real, artículos 9 y 51.6 del Reglamento Hipotecario, sin perjuicio de las implicaciones antes indicadas respecto de cualquier posible incumplimiento, que resultarían contrarias al principio de especialidad o determinación. 6.4 El apoderamiento irrevocable previsto en el último párrafo del apartado D se considera ilegal según reiterada y consolidada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, admitiéndose únicamente en el caso de que exista causa justificada. En el caso que nos ocupa, dicho apoderamiento tiene como finalidad compeler a la sucesiva e indefinida ampliación de una deuda en perjuicio del poderdante, lo que es sin lugar a dudas una causa ilícita. 6.5 Los dos últimos párrafos del apartado G, dada la generalidad de los términos que utiliza, se consideran defecto insubsanable, por la posibilidad de que se opongan a lo establecido en los artículos 7 y 8 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal 15/1999 de 13 de diciembre. 7. En relación con lo referido en el anterior apartado II.7: 7.1 Dado que la hipoteca que nos ocupa debe tener la consideración de

hipoteca de máximo y un funcionamiento similar al de las cuentas de crédito, la determinación de la suma exigible en caso de ejecución, debería respetar las exigencias del artículo 153 de la Ley Hipotecaria, y no quedar al arbitrio de la entidad acreedora, debiendo concederse a la parte prestataria, dentro del procedimiento que se recoge en la Cláusula 15.^a, la posibilidad de alegar error o falsedad conforme a dicho precepto.

7.2 Dicha liquidación no se ajusta a las cantidades adeudadas y garantizadas hipotecariamente, al incluirse conceptos muy variados, tales como «ampliaciones express», «gastos y comisiones», «intereses remuneratorios alternativos», lo que nuevamente sería contrario al principio de especialidad y determinación.

8. En relación con lo referido en el anterior apartado II.8: El apoderamiento previsto, aún en caso de conflicto de intereses, se considera defecto insubsanable, de conformidad con lo previsto en el artículo 1.256 del Código Civil, al quedar la validez y el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes.

9. En relación con el completo contenido de la escritura: Dados los términos oscuros, discrecionales y genéricamente favorables a la parte prestamista, utilizados en el contrato que se pretende inscribir, se estima que el conjunto de la operación resulta contrario a las mínimas exigencias de claridad y de no abuso de una posición dominante, dimanantes de la Ley 26/1984 General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, conforme al apartado 1 de su artículo 10 bis y a su Disposición Adicional Primera, cuya incidencia puede ocasionar, ya su no incorporación, ya su completa nulidad, conforme a los artículos 7 y 8 de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación. En relación a las cláusulas que en el supuesto de no haber sido denegada la inscripción del documento, no hubieran resultado inscribibles, debe tenerse en consideración lo que sigue: A) Las Estipulaciones referidas en el anterior apartado A), no resultan inscribibles, de conformidad con lo establecido en los artículos 9 y 51.6 del Reglamento Hipotecario. B) La Estipulación relativa al vencimiento anticipado, referida en anterior apartado B), no resulta inscribible, en cuanto a lo que sigue: 1. el primer párrafo del apartado c), el apartado g) en cuanto a las obligaciones que resultan excluidas por la presente nota de calificación, y los apartados h) y i), por ser contrarios, dada la generalidad de los términos que se emplean, al principio de especialidad o determinación, según Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 23 y 26 de octubre de 1987 en cuanto a las obligaciones que no han de trascender a terceros; 2. el apartado b), por no ser acorde a lo establecido en el artículo 117 de la Ley Hipotecaria; 3. los apartados d) y f), por resultar obvio una vez practicada la inscripción; 4. el apartado g), por gozar de mayor publicidad las causas a que se refiere, a través de la Ley, que la que puede proporcionar su inscripción, conforme al artículo 26 de la Ley Hipotecaria; 4. el segundo párrafo del apartado e) por la posibilidad de que conculque un régimen de derecho necesario como es el establecido en las leyes para los casos a que se refiere, tratándose de causas ajenas a las vicisitudes de la propia hipoteca, según Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 23 y 26 de octubre de 1987, 5 de junio de 1987. C) Y respecto a los supuestos referidos en el anterior apartado II.1.: Muerte de prestatario: No resulta inscribible de conformidad con lo establecido en el artículo 1112 del Código Civil, que garantiza la «transmisibilidad de los derechos y las obligaciones», y suponer esta causa de vencimiento anticipado una restricción a la libertad de tráfico, al impedir que los herederos del prestatario puedan subrogarse en la deuda y continuar pagándola durante el plazo ordinario que falte, una vez que quedara determinado el mismo. Dejar de residir seis meses, o incluso ausentarse de la finca por dicho plazo: No resulta inscribible, dado que igualmente supone una restricción al tráfico jurídico, y ello de conformidad con lo establecido en el artículo 104 LH, puesto que no tendría sentido un vencimiento anticipado sin incumplimiento de la obligación, entendiéndose que pese a no estar ocupada la finca, la garantía real persiste vinculada a la obligación garantizada; y de conformidad con lo establecido en el artículo 5 LH, en que se establece la no inscripción de las situaciones posesorias, tales como la ocupación o no ocupación de la finca hipotecada. Venta de la finca hipotecada: No resulta inscribible, de conformidad con lo establecido en el artículo 27 LH, en que niega el acceso al Registro, de las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos o contratos no comprendidos en el apartado anterior:

Con base en esos Hechos y Fundamento de Derecho, la Registradora calificante acordó denegar la inscripción del documento objeto de calificación, en relación con las circunstancias expresamente consignadas en el Hecho II de la nota de calificación, por la concurrencia de los defectos que igualmente se indican en el Fundamento de Derecho II de la misma nota.

III

El Notario autorizante Don Antonio Ruiz-Clavijo Laencina interpuso recurso contra la anterior calificación, por considerarla no ajustada a Derecho y no estar de acuerdo con lo manifestado en el punto 9 de los fundamentos de derecho, rebatiendo después en su escrito cada uno de

los hechos y fundamento de derecho, en la siguiente forma: 1. Con relación al hecho 1 y fundamento de derecho 1, relativo a no resultar determinado el plazo de duración ni de la hipoteca, ni del préstamo garantizado por la misma, entiende que ello no es así por cuanto en la cláusula 2 de la escritura se dice que se reembolsará el préstamo: a) cuando se venda la finca y b) cuando requiera de pago el acreedor al deudor lo cual sólo podrá verificarlo cuando haya transcurrido seis meses de la muerte del prestatario o último residente de la finca, causas que vuelven a repetirse en la cláusula nueve. Al respecto recuerda que la doctrina interpreta el artículo 1.125 del Código Civil entendiéndose que el supuesto clásico de día cierto que ha de venir aunque se ignore cuando, es la muerte de una persona, por lo que si la muerte de una persona es día cierto para el Código Civil, también lo será seis meses después de ese día. Así mismo entiende que en modo alguno esa forma de fijar el plazo, impide la transmisibilidad de las obligaciones, no resultando infringido el artículo 1112 del Código Civil. Por lo que se refiere a la no residencia, el problema será para el acreedor para acreditarlo, pero por un motivo u otro ese día va a llegar, además de que si se considerase que hay incertidumbre o si ha de llegar o no ese día, la obligación sería en ese caso condicional, que también admite la garantía de una hipoteca. Respecto a la venta, mencionada en el hecho 6 y en el fundamento de derecho 6.1, entiende que negar el acceso registral a esa cláusula en base al artículo 27 de la Ley Hipotecaria, es demasiado radical por cuanto, aunque todos los préstamos son intuitu personae, en este préstamo ese carácter está acentuado pues se concede a personas mayores de sesenta años que sigan residiendo en la vivienda, por lo que por si cualquier razón desean venderla, lo que el prestamista no está de acuerdo es que un tercero se subrogue en el préstamo sustituyendo al deudor, de ahí que diga que si la venta se produce debe reembolsarse el préstamo y además conforme a la cláusula 11 si se han cumplido todas las condiciones del préstamo la responsabilidad del prestatario queda limitada al neto obtenido en la venta, sin que se extienda a los restantes bienes del deudor. Por lo que se refiere a las dudas sobre la aplicación del artículo 82 de la Ley Hipotecaria entiende que si la obligación tiene plazo de vencimiento, los plazos de la inscripción o de caducidad de la hipoteca, dado su carácter accesorio de la obligación que garantiza, empezarán cuando venzan aquellos plazos y terminarán cuando dice la Ley Hipotecaria. No debe influir para la calificación de esta escritura la tramitación actual de la modificación de la Ley Hipotecaria, regulando la llamada «hipoteca inversa» por cuanto no es esa la figura que se contempla en la escritura, sino otra que está funcionando en Irlanda, Reino Unido y Europa.

2. Sobre el hecho 2 y fundamento de derecho 2, relativo a la no admisibilidad de la cláusula de imputación de pagos, al decir la Registradora que no resulta admisible la imputación de pagos correspondientes a cantidades no cargadas y en consecuencia no líquidas ni exigibles, olvida que en estos préstamos los intereses se devengan diariamente y se capitalizan mensualmente conforme a la cláusula 3, refiriéndose la escritura a los intereses de ese período intermedio. Además no comparte el criterio de la nota de que el orden de imputación de pagos es una prerrogativa del deudor conforme al artículo 1172 del Código Civil, ya que de ese artículo y de los dos siguientes lo que se deduce es que se está hablando de deudas por principal y no a principal, intereses, gastos, comisiones etc., no dándose en el mundo de los préstamos hipotecarios bancarios, supuesto alguno en el que el acreedor deje la imputación de pagos a la voluntad del deudor.

3. Con relación al apartado 3.1 de la nota, la escritura se refiere a la existencia de un tipo de interés remuneratorio (cláusula 3) y un tipo de interés remuneratorio alternativo, bonificado si se cumplen unas determinadas condiciones (cláusula 4), de ahí que lo dispuesto en la cláusula 2 sobre la fijación de un tipo de demora añadiendo un 2% más, lo es a cualquiera de los tipos remuneratorio o remuneratorio alternativo que se están aplicando en ese momento. Por lo que se refiere al punto 2 de la nota, entiende el recurrente que considerar insubsanable el que quede al arbitrio de una de las partes la aplicación del tipo de interés remuneratorio alternativo, olvida que ese tipo de interés supone una bonificación respecto al tipo de interés remuneratorio, previendo el acreedor en la cláusula 4, que pueda ser aumentado o disminuido, en base a dos supuestos concretos. Por lo que se refiere a la posibilidad de modificar los intervalos a los que se carga el interés, olvida la nota que se está refiriendo únicamente al interés alternativo, que es siempre más beneficioso que el interés ordinario. Respecto al anatocismo, considerado en el punto 3.3 de la nota como defecto insubsanable por ser contrario a las exigencias del principio de especialidad, entiende el recurrente que además de estar aceptado por el artículo 1109 párrafo dos del Código Civil, por el artículo 317 del Código de Comercio y por la Doctrina del Tribunal Supremo, la esencia de este préstamo, es que el deudor no paga intereses durante la vida del préstamo, sino que éstos son capitalizados mensualmente, de ahí que la hipoteca garantice una cifra máxima de intereses capitalizados y la cláusula 14 prevea revisiones periódicas del importe total en garantía a efectos de cubrir los intereses devengados estableciendo el procedimiento para ello. Finalmente y con relación al punto 3.4 de la nota considera que pactar el euribor más 4 puntos, no puede considerarse unos intereses usurarios y leoninos; 4. Con relación al punto 4.1

de la nota, entiende el recurrente, que el Registrador no puede entrar a calificar esas declaraciones, por cuanto ese pacto, que beneficia al deudor no forma parte de la constitución de hipoteca, además de que para garantía de ambas partes se establece un procedimiento a seguir que incluye el que el acreedor haga intervenir a un tasador independiente. Tampoco comparte el recurrente los argumentos de la Registradora expresados en el punto 4.2 de la nota, porque entiende que si se multiplica el capital prestado por el interés inicial y por cinco años se obtiene una cifra que rebasa la fijada en la escritura, por lo que no puede decirse que se incumpla el artículo 114 de la Ley Hipotecaria. Finalmente y con relación al punto 4.3, al no estar garantizadas las comisiones, gastos no vinculados a la ejecución hipotecaria y primas de seguro, no es necesario decir que no son inscribibles; 5. En los puntos 5.1 y 5.2, la nota entra a calificar un pacto entre las partes que tiende a actualizar el valor de la finca hipotecada cuando haya subido sustancialmente en el futuro quedando a discreción del acreedor el señalar el momento de hacerlo, pacto obligatorio que entiende el recurrente no debe ser objeto de calificación por el Registrador, siendo improcedente la mención del artículo 117 de la Ley Hipotecaria por referirse éste aun supuesto totalmente distinto; 6. Los puntos 6.1, 6.2, 6.3, 6.4 y 6.5, se tratan de pactos personales que no tienen acceso al Registro ni tienen porqué tenerlo; 7. Respecto al punto 7.1 de la nota, aunque el préstamo se configura ab initio como ampliable, eso no le hace cambiar su naturaleza, ya que sigue siendo un préstamo y no una cuenta de crédito, por lo que aplicar las normas de la segunda al primero no parece oportuno, ni siquiera para defender al deudor con la posibilidad de alegar error o falsedad, ya que tiene su propio procedimiento de defensa. Por lo que se refiere al punto 7.2 hay que tener en cuenta que el acreedor podrá reclamar todo lo que se le deba con las acciones que protegen su derecho, pero hipotecariamente sólo podrá ejecutar por lo que garantiza la hipoteca, no los gastos y comisiones no cubiertas; 8. Respecto al hecho y fundamento 8, afirma el recurrente que nada tiene que objetar por que la nota ni debería referirse a ello.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 348, 647, 1172, 1255, 1256, 1753, 1857 y 1911 del Código Civil, el artículo 317 del Código de Comercio, el Preámbulo, el artículo 2 apartado 3, el artículo 11 y la Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007 de 7 de diciembre (BOE de 8 de diciembre), los artículos 2, 11, 12, 23, 37, 82, 104, 142, 153 y 326 de la Ley Hipotecaria, los artículos 7, 9, 51 y 220 del Reglamento Hipotecario, el artículo 692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1.908 de Represión de la Usura, la Ley 26/1984 de 19 de julio de Defensa de Consumidores y Usuarios, art. 5 de la Ley 2/1981 de 21 de marzo de regulación del Mercado Hipotecario y artículo 29.1 de su Reglamento aprobado por Real Decreto 685/1998 de 17 de marzo y las Resoluciones de este Centro Directivo de 4 de julio de 1.984, 11 de febrero de 1998, 5 de junio, 23 y 26 de octubre de 1987, 8 de octubre de 1991, 4 de marzo de 1993, 19 de enero, 23 de febrero, 8 y 18 de marzo y 16 de julio de 1996, 8, 11, 13, 15, 20 y 21 de marzo de 1996, 22 de abril de 1.997, 11 de febrero y 24 de agosto de 1998, 28 de abril de 1999, 27 de julio de 1999, 3 de abril y 27 de septiembre de 2000, 3 de noviembre de 2000, 6 y 18 de noviembre de 2000, 7 de junio de 2001, 2 de septiembre de 2005 y 19 de abril de 2006.

1. El primer defecto de la nota tiene que ver con la previsión contenida en la cláusula financiera 2.^a de la escritura, en la que se indica que el importe del préstamo se reembolsará: a) cuando se formalice la venta de la finca o b) cuando la entidad prestamista presente un requerimiento de pago por la deuda pendiente, añadiendo que «mientras el prestatario no haya incumplido la presente escritura» la entidad prestamista sólo podrá requerir el pago en una serie de casos: a) seis meses desde la muerte del último residente nombrado o b) que el último residente nombrado haya dejado de residir en la finca, especificando que se entiende por dejar de residir (mantenerse ausente seis meses, se tenga o no intención de regresar).

A su inscripción opone la Registradora, indeterminación en el plazo de duración del préstamo y, en consecuencia, en la fecha de vencimiento, circunstancia imprescindible de acuerdo con lo establecido en el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, ya que en las dos formas de cancelación por caducidad, los plazos para ello se contarían desde que la obligación garantizada «debió ser satisfecha en su totalidad según el Registro», lo que exige que el Registro publique el plazo máximo de cumplimiento de la obligación garantizada. Además entiende que la previsión contenida en la Cláusula Financiera 2.^a sobre posibilidad de exigir el reembolso por incumplimiento de cualquier obligación contenida en la escritura es inadmisibles, por su generalidad y por envolver pactos obligacionales que no pueden trascender a terceros, conforme a los artículos 9.2 y 51.6 del Reglamento Hipotecario.

Es cierto que, según la doctrina de esta Dirección General, el principio de especialidad impone la exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho que ha de inscribirse (cfr. artículos 9.2. de la Ley Hipote-

caria y 51.6. del Reglamento Hipotecario), lo que tratándose del derecho real de hipoteca, y dado su carácter accesorio del crédito garantizado (artículos 104 de la Ley Hipotecaria y 1.857 del Código Civil), exige, como regla general, la precisa determinación de la obligación a la que sirve. Pero también lo es, que este Centro Directivo ha considerado reiteradamente que en materia de hipotecas, el principio de determinación de los derechos inscribibles se acoge con notable flexibilidad, a fin de facilitar el crédito, permitiéndose, en ciertos supuestos, la hipoteca sin la previa determinación registral de todos los elementos de la obligación. No se precisa, ciertamente, que la obligación por asegurar tenga ya existencia jurídica ni que ésta sea definitiva; puede constituirse también en garantía de una obligación futura o sujeta a condición (artículo 142 de la Ley Hipotecaria), pero también en esta hipótesis es preciso identificar, al tiempo de su constitución, la relación jurídica básica de la que derive la obligación que se pretende asegurar, y solamente si se produce su efectivo nacimiento, en su caso, y autónoma exigibilidad, procederá el desenvolvimiento de la garantía hipotecaria.

Indudablemente, en nuestro ordenamiento el propietario puede disponer de sus bienes, y, por ende, constituir gravámenes sobre ellos, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes (art. 348 del Código Civil). No sólo se permite la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador (cfr. arts. 2.2.º de la Ley Hipotecaria y 7.º del Reglamento Hipotecario), sino también la alteración del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos y, en concreto (cfr. arts. 647 del Código Civil y 11, 23 y 37 de la Ley Hipotecaria) sujetarlos a condición, término o modo. Pero es también cierto que esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico político y la trascendencia erga omnes de los derechos reales, de modo que la autonomía de la voluntad debe atemperarse a la satisfacción de determinadas exigencias, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real, la inviolabilidad del principio de libertad del tráfico, etc. (cfr. Resoluciones de 5 de junio, 23 y 26 de octubre de 1987 y 4 de marzo de 1993).

Estos límites alcanzan especial significación en relación con la hipoteca, pues se imponen en defensa del deudor y en aras de la facilidad de tráfico jurídico inmobiliario, del crédito territorial y, en definitiva, del orden público económico.

En el presente caso, debe advertirse que aparece suficientemente determinada la duración o vencimiento del préstamo, ya que se prevé que su reembolso o amortización no se realizará gradualmente, sino en una sola vez a su vencimiento, bien coincidiendo con la venta de la casa o por el requerimiento que realice la parte acreedora, bien por incumplir los deudores el contenido de la escritura o bien a los seis meses desde la muerte del último residente nombrado o que el último residente nombrado haya dejado de residir en la finca, identificándose a los que considera residentes y especificando que se entiende por dejar de residir. Nos encontramos pues con una obligación contraída de presente, cuya duración o vencimiento para su devolución depende de unos hechos futuros, unos ciertos en su acaecimiento, aunque inciertos en el cuando (la muerte del último prestatario) y otros inciertos también en su existencia como son la venta de la casa, el incumplimiento del contenido de la escritura o la falta de residencia por el último prestatario, circunstancias estas dos últimas que, para la plena efectividad de la hipoteca, requerirán en el momento de su eventual ejecución, la prueba extrarregistral de la concurrencia de la causa que hace exigible la devolución de la cantidad prestada, pero que en modo alguno impide la inscripción de la obligación garantizada tal y como está configurada, por cuanto el principio de determinación registral debe predicarse sólo respecto del derecho real que se inscribe, la hipoteca, la cual debe quedar perfectamente determinada en su alcance y extensión, siendo irrelevantes respecto de aquel principio, los aspectos del préstamo garantizado que no influyan en el juego de la garantía.

Por tanto, configurada la obligación garantizada dentro de los límites que exige el principio de libertad de pacto consagrado en nuestro derecho por el artículo 1255 del Código Civil y no resultando violentados en el aspecto real los demás principios que inspiran nuestro sistema hipotecario, debe admitirse la inscripción de la cláusula hipotecaria ahora discutida, la cual guarda similitud en su formulación, con los requisitos exigidos ex lege, actualmente, para la existencia de la llamada hipoteca inversa (cfr. apartados 1 y 11 de la Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007 de 7 de diciembre).

2. El segundo defecto de la nota tiene que ver con la cláusula de imputación de pagos pactada, ya que la Registradora considera no admisible la imputación de pagos correspondientes a cantidades no cargadas y en consecuencia no líquidas ni exigibles y cuya determinación y orden, considera una prerrogativa de la parte deudora de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1172 del Código Civil.

La cláusula pactada hay que ponerla en relación con el tipo de negocio celebrado. Se trata éste de un préstamo, en el que los intereses se calculan

y devengan diariamente sobre la deuda pendiente, cargándose mensualmente en la cuenta, para una vez cargados, capitalizarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 317 del Código de Comercio. De acuerdo con este esquema, se pacta expresamente en la cláusula financiera Dos, que los pagos adelantados que los prestatarios realicen de las cantidades adeudadas de acuerdo con la escritura (no olvidemos que el capital y los intereses capitalizados no son exigibles por la entidad acreedora sino en los casos y circunstancias indicadas en la estipulación anterior), se aplicarán en primer lugar a los intereses devengados (por días), pero aún no cargados en la cuenta del préstamo, a comisiones y gastos a pagar, y finalmente al importe debido por intereses, comisiones y gastos devengados y cargados más el principal, cláusula de imputación que debe considerarse válida de conformidad con el principio de libertad de pacto que rige nuestro sistema contractual consagrado por el artículo 1255 del Código Civil, sin que se oponga a ello el artículo 1.172 del Código Civil, que se refiere a un supuesto específico y distinto del ahora enjuiciado.

3. El siguiente defecto que opone la Registradora se relaciona con lo que la funcionaria llama «tipo de interés remuneratorio alternativo de penalización», concepto incorrectamente formulado, toda vez que el tipo de interés pactado en el penúltimo párrafo de la cláusula financiera Dos no es un interés remuneratorio alternativo (que se regula después en la cláusula Cuarta), sino un interés de demora que se devenga cuando «la deuda total haya quedado vencido (sic) para reembolso y no se haga el pago de conformidad con los términos de la presente escritura, o si ocurre cualquier otra de las causas de incumplimiento, como se indica en la cláusula Ocho».

Sin embargo, tiene razón la Registradora cuando señala que, en la cláusula de constitución de hipoteca, no se discriminan los intereses remuneratorios de los moratorios, distinción necesaria de acuerdo con el principio de especialidad (artículo 12 de la Ley Hipotecaria) si se quiere que estén garantizados unos y otros, dado su diferente origen y naturaleza. No obstante, si se observa con detenimiento la cláusula Once de constitución de hipoteca, al fijar la cantidad alzada máxima fijada, se expresa que lo es por intereses «capitalizados según la cláusula Tres anterior», que no son otros, según lo pactado, que los intereses remuneratorios, únicos que según lo convenido, estarían garantizados por la hipoteca.

4. Por lo que respecta al tipo de interés remuneratorio alternativo (más ventajoso para la parte deudora), pactado en la cláusula financiera Cuarta, la Registradora entiende que condicionar su aplicación a que se cumpla lo dispuesto en la cláusula Catorce «Obligaciones del Prestatario. Manifestaciones y Garantías del Prestatario», es contrario a lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil, que prohíbe dejar la validez y cumplimiento de los contratos al arbitrio de una de las partes contratantes. No comparte sin embargo esa interpretación este Centro Directivo, por cuanto, por una parte, el tipo que allí se pacta lo es siempre por definición en beneficio del deudor, ya que se pacta expresamente que en ningún caso pueda ser superior al tipo de interés ordinario pactado; las condiciones a las que se somete su aplicación están objetivadas en la cláusula Catorce de la escritura y su variabilidad (no sólo al alza, sino también a la baja), aunque depende exclusivamente de la entidad acreedora, debe obedecer a cualquiera de las dos circunstancias concretas y objetivas previstas en el párrafo segundo de la Cláusula Financiera Cuatro.

No ocurre igual, y en este aspecto debe darse la razón a la Registradora, con la posibilidad prevista en la misma cláusula acerca de que la entidad acreedora pueda modificar libremente los intervalos a los que se cargan los intereses, previsión ésta que en cuanto carece de motivación objetiva, es contraria a lo establecido en el artículo 1256 del Código Civil.

5. Por lo que concierne a la posibilidad pactada de que la entidad acreedora capitalice los intereses, comisiones y los gastos (cláusula Tres párrafo cuatro), como tiene señalado este Centro Directivo (cfr. por todas las Resoluciones de 19 de enero y 16 de julio de 1996), en el ámbito hipotecario o de actuación de la garantía constituida, los intereses sólo pueden reclamarse en cuanto tales y dentro de los límites legales y pactados, pero nunca englobados en el capital. Así 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 (vid. arts. 12 de la Ley Hipotecaria y 220 del Reglamento Hipotecario), diferenciación que en el momento de la ejecución determina (vid. Art. 692.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) que el acreedor no puede pretender el cobro del eventual exceso de los intereses devengados sobre los garantizados –dejando a salvo la posibilidad que para el caso de ser propietario del bien hipotecado el propio deudor prevé el artículo 692.1 párrafo segundo– con cargo a la cantidad fijada para la cobertura del principal, ni a la inversa. Y así lo impone igualmente el necesario respeto de la limitación legal de la responsabilidad hipotecaria en perjuicio de tercero, establecida en el art. 114 de la Ley Hipotecaria, si bien ésta última, tiene precisamente en el ámbito de la hipoteca inversa (figura, como hemos dicho, de contornos semejantes a la que ahora enjuiciamos), la excepción prevista actualmente –aun-

que no en el momento de la calificación impugnada– en el apartado 6 de la Disposición Adicional primera de la Ley 41/2007 de 7 de diciembre.

Es decir, lo que no cabe es que la hipoteca asegure (en perjuicio de tercero), intereses por plazo superior a cinco años (fuera de la excepción legal prevista expresamente para las hipotecas inversas), ni que pueda rebasarse este límite englobando los intereses en el capital (Vid. Resoluciones de 19 de enero y 23 de febrero, 8, 11, 13, 15, 20 y 21 de marzo de 1996 y 22 de abril de 1997, entre otras), cuestiones ambas que están relacionadas con la cláusula de constitución de la hipoteca.

Sin embargo carece de trascendencia real la inscripción de la cláusula que ahora se discute, razón por la cual no debe acceder al Registro, sin que se prejuzgue ahora, si en el plano obligacional, es lícito el pacto de anatocismo.

6. Entiende la Registradora que el pacto para el cálculo de interés variable, consistente en sumar un diferencial del 4% anual a la referencia «Euribor a tres meses», excede con claridad de un límite razonable, teniendo en cuenta las circunstancias en que se desenvuelve en la actualidad el mercado hipotecario, lo que le convierte en un interés usurario de conformidad con el artículo 1 de la Ley de Represión de la Usura y la doctrina que sobre el mismo tiene establecido el Tribunal Supremo.

No comparte este Centro Directivo esa postura, por cuanto que si bien los intereses pactados en toda operación de crédito o préstamo deben sujetarse a los límites de la Ley de 23 de julio de 1908, de represión de la usura, no corresponde al Registrador, en el reducido marco en que se desenvuelve el procedimiento registral, determinar si un determinado tipo de interés como el que se pacta en la estipulación ahora cuestionada es usurario o no, circunstancia que correspondería exclusivamente a los Tribunales de Justicia.

7. En la cláusula Once de la escritura de préstamo, se pacta lo que se denomina «Inexistencia de Garantía patrimonial», que consiste en esencia, en que en aquellos supuestos en que teniéndose que reembolsar el préstamo como consecuencia de la venta de la finca, si en ese momento el importe de lo adeudado supera el valor de la finca (téngase en cuenta que en este préstamo se va acumulando los intereses devengados al capital, no siendo exigible ninguna cantidad hasta el momento del vencimiento), el deudor puede ver limitada su responsabilidad a la cantidad neta obtenida de la venta de la finca, siempre que: a) notifique a la acreedora su intención de vender; b) la finca se venda por su valor de mercado; 3) Que la entidad acreedora pueda verificar ese valor por medio de un tasador independiente con anterioridad a su venta; 4) Que no se haya producido un suceso de incumplimiento del contrato.

La Registradora considera que ese pacto es contrario al principio de especialidad y contradice el artículo 1256 del Código Civil al quedar su aplicación al arbitrio de una de las partes.

Una vez más este Centro Directivo no puede compartir esa interpretación. La cláusula aludida además de ser en beneficio del deudor, que ve de esa manera reducida su responsabilidad patrimonial universal ex artículo 1911 del Código Civil, está condicionada en su aplicación, a unas causas concretas y objetivas, como son la venta por valor de mercado de la finca (constatable a través de un tasador independiente) y no haber incurrido el deudor en ningún supuesto de incumplimiento del contrato.

8. Alude a continuación la nota de calificación al hecho de que los intereses remuneratorios garantizados hipotecariamente resultan indeterminados, por cuanto la capitalización de los intereses, seguido de la fijación de un máximo aplicable, impide discernir si se cumple o no el artículo 114 de la Ley Hipotecaria y se estaría dejando la puerta abierta a una duplicación de la garantía.

Estando el recurso contra la calificación registral circunscrito al enjuiciamiento de los defectos tal y como han sido formulados (cfr. art. 326 de la Ley Hipotecaria), el ahora cuestionado no puede mantenerse en su formulación, por cuanto la indeterminación no procede de la capitalización de intereses, ni del establecimiento a continuación de una cantidad determinada como responsabilidad máxima por intereses, que impide discernir si se cumple o no el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, sino que la apreciación del cumplimiento o no de ese límite legal, viene determinado por el hecho de que a lo largo de la escritura no se haya determinado, tratándose de un interés variable, un tipo máximo del tipo de interés, que por un lado sirva para delimitar el alcance del derecho real constituido y por otro, permita a los efectos del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, poder calcular si la cantidad alzada establecida como responsabilidad por intereses respeta el límite de los cinco años al tipo máximo establecido (Vid. entre otras la Resolución de 24 de agosto de 1998).

9. Prevé la escritura de préstamo en su Cláusula Trece que si en el futuro (en un momento que se determinará por la Entidad acreedora) hubiera subido sustancialmente el valor de mercado de la finca, el prestatario está obligado, a petición de aquélla, a modificar el valor de tasación, para adaptarlo al valor actualizado y de no hacerlo en cinco días, la entidad acreedora se considera apoderada irrevocablemente para hacerlo aunque incurra en autocontratación. Considera la Registradora esta previsión una falta insubsanable, por cuanto contradice los artículos 1256 del Código Civil y 117 de la ley Hipotecaria.

Las especiales características del préstamo ahora enjuiciado, hace aconsejable la previsión de un procedimiento para adaptar a lo largo de la vida el mismo, el tipo fijado para subasta a efectos de ejecución hipotecaria. Esta conveniencia, juega no sólo en beneficio del acreedor, que de esa manera puede tener más posibilidades de ser reintegrado por esa vía de ejecución, de la totalidad de su crédito, sino también en beneficio del dueño de la finca hipotecada, pues cuanto más alto sea el valor de adjudicación, mayores posibilidades habrá de que exista sobrante, una vez satisfecha la deuda, de ahí que no deba rechazarse esa cláusula con el argumento de que con ello se estaría dejando el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1.256 CC), por cuanto además de poder intervenir el deudor en la determinación del nuevo valor y de no rechazarse en ningún caso el que pueda solicitarlo él mismo, la posibilidad de reacción unilateral de la entidad acreedora ante eventuales oscilaciones en el valor de subasta de la finca hipotecada, está prevista en nuestra legislación reguladora del mercado hipotecario, donde se contempla el que si por razones de mercado o por cualquier otra circunstancia el valor del bien hipotecado desmereciese de la tasación inicial en más de un 20%, la entidad financiera acreedora, acreditándolo mediante tasación efectuada a su instancia, podrá exigir del deudor hipotecante la ampliación de la hipoteca a otros bienes suficientes para cubrir la relación exigible entre el valor del bien y el crédito que garantiza (cfr. art. 5 párrafo tercero de la Ley 2/1981 de 21 de marzo de regulación del Mercado Hipotecario y artículo 29.1 de su Reglamento aprobado por Real Decreto 685/1982 de 17 de marzo).

10. Por lo que se refiere a las obligaciones del prestatario recogidas en la cláusula catorce, dado su carácter obligacional, no deben acceder al Registro –apreciación que comparte el recurrente–, por cuanto siendo el objeto de inscripción el derecho real de hipoteca, aquél debe limitarse a lo imprescindible para dar a conocer la extensión del derecho inscrito; por ello, ya sostuvo esta Dirección General en su Resolución de 19 de abril de 2006 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 Resolución 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. »

Siguiendo la tesis expuesta en esa Resolución de este Centro Directivo e incidiendo en esa línea de circunscribir la actuación del registrador al contenido de su verdadera función –calificación del contenido de los actos y negocios jurídicos y de las cláusulas de contenido real inmobiliario (artículo 18 de la LH)–, porque así se deriva del ámbito objetivo al que se refiere la inscripción en el Registro de la Propiedad (artículos 1 y 2 de la LH y 4 y ss. de su Reglamento), así como de los efectos de ésta –publicidad erga omnes de tales derechos reales inmobiliarios–, destaca la Ley 41/2007 de 7 de diciembre que en su Exposición de Motivos proclama que las medidas contenidas en ella y dirigidas a impulsar el mercado hipotecario de préstamos hipotecarios «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», añadiendo tal Exposición que «a tal fin se establece que en la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualesquiera que sea la naturaleza de estas y su duración», de donde «las demás cláusulas financieras, tales como las relativas al vencimiento anticipado, garantizadas por hipoteca, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización, pero ello siempre que se haya obtenido la calificación registral favorable de las cláusulas de contenido real».

La conclusión lógica de esa voluntad del Legislador es que 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 que 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 (artículo 12, párr. primero de la LH).

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 de la LH ha incluido un párrafo segundo que permite que, respecto de las hipotecas constituidas a

favor de las entidades financieras a que se refiere la Ley 2/1981, de 25 de marzo, además puedan hacerse constar en el Registro las cláusulas financieras, incluidas las de vencimiento anticipado, aun cuando carezcan de trascendencia real inmobiliaria y queden extramuros de la calificación.

Ahora bien, respecto de estas cláusulas financieras el registrador debe limitar su actuación a hacerlas constar en el asiento, esto es a transcribir sin más las mismas, siempre que las de trascendencia jurídico real inmobiliaria –las enumeradas en el párrafo primero del artículo 12 de la LH– hubieran sido calificadas favorablemente. De este modo, la reforma de la Ley Hipotecaria acoge la tesis expuesta por este Centro Directivo –vid. ut supra, Resolución de 19 de abril de 2006, entre otras–, armonizando la importante función calificadora con el verdadero sentido y contenido de la misma, mas permitiendo que para determinadas hipotecas –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.

Es más, incluso respecto de determinadas hipotecas –las denominadas de máximo– la voluntad flexibilizadora de la Ley 41/2007, cuando las mismas se han constituido a favor de las entidades a que se refiere la Ley 2/1981, de 25 de marzo, ha sido aún mayor, pues respecto de éstas dicha norma delimita aún más la calificación registral en cuanto a las obligaciones que garantiza, pues bastará que la escritura pública incluya «su denominación y, si fuera preciso, la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas» (artículo 153 bis, letra b), párr. dos de la LH).

11. No puede compartir este Centro Directivo el siguiente defecto de la nota de calificación, consistente en considerar la hipoteca constituida de máximo, por garantizar las obligaciones derivadas de un negocio con «funcionamiento similar a las cuentas de crédito», lo que a su juicio obliga a respetar las exigencias del artículo 153 de la Ley Hipotecaria. El que el préstamo celebrado no deba reembolsarse, tanto por capital como por intereses (que se van capitalizando) hasta el término o vencimiento final de acuerdo con lo pactado en el contrato, no significa en modo alguno que nos encontremos ante una cuenta corriente de crédito y de que la hipoteca lo sea de máximo, sino que del conjunto de pactos y cláusulas contenidas en la escritura se evidencia que nos encontramos ante un préstamo de características especiales, en garantía el cual se establece una hipoteca ordinaria o de tráfico.

Por lo que se refiere al hecho de que la certificación acreditativa de la deuda, pueda englobar comisiones y gastos no garantizados por la hipoteca, es claro como sostiene el recurrente, que en el plano obligacional el deudor adeudará a la entidad acreedora todas las cantidades que resulten de los diferentes conceptos pactados en la escritura, pues a esos efectos la deuda es única (artículo 1753 del Código Civil), más en el plano hipotecario, sólo podrá reclamarse aquellos conceptos especialmente garantizados por la hipoteca, pues la determinación de la responsabilidad hipotecaria a la que queda afecta la finca por los distintos conceptos (capital, intereses, costas y gastos, etc), en cuanto delimita el alcance del derecho real constituido, opera a todos los efectos, favorables y adversos, y lo mismo en las relaciones con terceros que en las existentes entre el acreedor hipotecario y el dueño de la finca que sea a la vez deudor hipotecario con la salvedad respecto a este último que prevé el artículo 692.1 párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil– (cfr. Resoluciones de 23 de febrero, 8 y 18 de marzo de 1996, 15, 20 y 21 de marzo de 1996).

12. Por lo que se refiere a la consideración del pacto por el que el prestatario apodera a la entidad acreedora para que pueda otorgar por sí misma escrituras de aclaración o corrección del contenido de la escritura, siempre que no supongan modificación de las cláusulas del contrato, se reitera lo dicho en el fundamento 10 para los pactos obligacionales.

13. Finalmente y por lo que se refiere al criterio de la Registradora de considerar que dados los términos oscuros, discrecionales y genéricamente favorables a la parte prestamista, la completa operación es contraria a lo dispuesto en los artículos 10bis y Disposición Adicional Primera de la Ley 26/1984 General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, como ya tuvo ocasión de expresar este Centro Directivo en sus Resoluciones de 8 de octubre de 1.991 y 19 de abril de 2006, el procedimiento registral, por sus particulares caracteres, y la calificación, por su ámbito objetivo y medios de llevarse a cabo, no puede sustituir a la declaración judicial de nulidad de las cláusulas de un contrato que son condiciones generales de la contratación, por entender que las mismas son nulas de pleno derecho, al contravenir la Ley 26/1984, de 19 de julio.

Esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso interpuesto en los términos que resultan de los fundamentos expuestos, desestimándolo en cuanto al defecto a que se refiere el último párrafo del fundamento 4 que de esa forma queda confirmado.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 21 de diciembre de 2007.–La Directora General de los Registros y del Notariado, Pilar Blanco-Morales Limones.