

III. Otras disposiciones

MINISTERIO DE JUSTICIA

9910

RESOLUCIÓN de 14 de mayo de 2008, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por Seniors Money (Spain) Finance Limited, contra la negativa del registrador de la propiedad de Estepona n.º 2 a inscribir una escritura de préstamo hipotecario.

En el recurso interpuesto por don Javier Ortega de la Peña, en representación de la entidad Seniors Money (Spain) Finance Limited, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Estepona número 2 don Javier de Angulo Rodríguez, a inscribir una escritura de préstamo hipotecario.

Hechos

I

En escritura autorizada por el Notario de Estepona don Jorge Moro Rodríguez, como sustituto por imposibilidad accidental del también Notario de Estepona don José María García Urbano, con fecha veintiséis de abril de dos mil siete, número 2.041 de protocolo, la mercantil de nacionalidad irlandesa Seniors Money Spain concedió un préstamo a los cónyuges don William Allan y doña Margaret Geddes Allan, con la garantía hipotecaria de una vivienda unifamiliar, perteneciente a la demarcación del Registro de la Propiedad número 2 de esa ciudad.

II

Presentada la primera copia en el Registro de la Propiedad número 2 de Estepona don Javier de Angulo Rodríguez, con nota de calificación, de la que resultan los siguientes Hechos y Fundamentos de Derecho: Hechos.-I. El documento objeto de la presente calificación, autorizado por don Jorge Moro Domingo, como sustituto y para el protocolo de su compañero de residencia don José María García Urbano, Notario de Estepona, el día 26 de abril de 2007, con el número 2041/07 de su Protocolo, fue presentado por la entidad «Gestimed Levante S.L.», a las 12,39 horas del día 18 de octubre de 2007, según el asiento número 977 del Diario 43, retirado el mismo día y vuelto a presentar el cinco de noviembre del corriente. II. En dicho documento se han observado las siguientes circunstancias que han sido objeto de calificación desfavorable: I. Respecto del plazo de duración de la hipoteca y del préstamo garantizado por la misma, se indica en la Cláusula Financiera 2.ª sobre «Reembolso», 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 definición indirecta del plazo de duración, que confunde o mezcla la fijación del plazo normal de duración con el establecimiento de supuestos de vencimiento anticipado; 2. La Cláusula 2), 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 o 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 de intereses, 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; 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 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 referida, «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 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 al arbitrio de la entidad prestamista; 6. En relación con la Cláusula 14.ª en que se regulan «Obligaciones del Prestatario. Manifestaciones y garantías del Prestatario», cuyo posible incumplimiento 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 Los apartados A, B y C, y los dos últimos apartados de la presente 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 El segundo apartado a), regula el procedimiento de retasación. 6.3 El apartado c), 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 permanente capitalización de intereses. 6.4 El último párrafo del segundo apartado a), tras hacer referencia al procedimiento de retasación anteriormente referido, y para cubrir la posibilidad de que la parte presta-

taria no lo llevara a cabo en el plazo determinado discrecionalmente por la entidad 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 cumplimenta (sic) 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.» A los anteriores hechos, son de aplicación los siguientes: Fundamentos de Derecho: 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 del plazo de duración de la hipoteca se realiza de manera indirecta, remitiéndose a un momento temporal, transcurridos seis meses desde la muerte del prestatario así como a otra serie de supuestos a los que cabe considerar como casos de vencimiento anticipado. En la práctica ello supone que dicho plazo no aparezca fijado con la claridad necesaria en el documento presentado, pues el mismo se refiere más bien a los casos en que se podrá exigir el reembolso, como si de supuestos de reembolso anticipado se tratase, centrándose en tres de ellos: a) Incumplimiento por el prestatario de cualquier tipo de obligación: Esta previsión, contenida en el la Cláusula Financiera 2.^a 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. El vencimiento de la totalidad del préstamo, automático y apreciado únicamente por el acreedor, es contrario al art. 1256 del Código Civil. Además, tales cláusulas tampoco pueden inscribirse por contrariar el art. 1129.3.º del mismo Código. No se puede establecer el vencimiento anticipado por el incumplimiento de obligaciones sin relación estrecha con la principal de devolver el capital y los intereses o marginales respecto de la misma y por comportamientos ajenos a la voluntad del deudor. La resolución por incumplimiento que implica el vencimiento anticipado tal como se configura en el contrato, ha de deberse a una causa seria y grave, con peso suficiente en la relación entre las partes, sin que quepa la resolución por incumplimiento de obligaciones accesorias de pequeña importancia o la falta de pago de cualquier parte de la obligación por pequeña que sea. De lo contrario, ello sería opuesto a la aplicación del principio general propio del moderno Derecho de la contratación según el cual sólo un incumplimiento esencial puede ser causa de resolución del contrato, lo que para las obligaciones recíprocas se recoge en el artículo 1124 del Código Civil y en su interpretación jurisprudencial. En definitiva, se establecen obligaciones accesorias cuyo incumplimiento, sin embargo, podría propiciar un vencimiento anticipado de la hipoteca lo que contraría también el art. 693.2 LEC, que exige para el total importe de la hipoteca no sólo que se haya dejado de pagar alguna cantidad por amortización o intereses, sino que el convenio se haya inscrito en el Registro de la Propiedad. Por otro lado, la indeterminación de las obligaciones cuyo incumplimiento da lugar al vencimiento es contraria a los arts. 7, 10.1 a), 10.3 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios; y 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. b) Transcurso de seis meses desde la muerte del último residente nombrado: en este caso, se acude a un mecanismo previsto y conocido en la figura de la hipoteca inversa; la circunstancia de estar siendo tramitado un proyecto de Ley de modificación del mercado hipotecario, en el que se contempla y regula tal 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. En el proyecto de Ley se exige, como requisito previo para la celebración del contrato, que el prestatario reciba asesoramiento previo de una entidad independiente, de manera que pueda conocer con exactitud el alcance las obligaciones que contrae. La propuesta de regulación de la hipoteca inversa en este Proyecto de Ley revela, cuanto menos, que tal figura no es viable «lege data». Pero es que además, en este caso no se trata tanto de una hipoteca inversa dirigida a la obtención de rentas por los hipotecantes, como de un préstamo al consumo que se garantiza con una hipoteca y cuya devolución se aplaza, de tal manera que los intereses parecen abocados a aumentar la deuda hasta

tal punto que justifiquen la pérdida de la vivienda por su titular, o por quienes deban heredarla. Para que la hipoteca pudiera considerarse inversa, habría de garantizar una prestación que proporcionase ingresos al prestatario durante el resto de su vida o durante un plazo que se pretende que coincida con el resto de su vida, calculándose actuarialmente el importe de las rentas en función de la edad del prestatario y del valor de la vivienda hipotecada, pues, en definitiva, de lo que se trata es de movilizar dicho valor. En el presente caso, Seniors Money presta cierto importe que se entrega de una sola vez, sin determinar el destino, y se percibe en garantía un valor que multiplica aquel varias veces, pues aunque el límite inicial de la garantía sea otro, el prestatario apodera irrevocablemente a la entidad prestamista para que aumente dicho límite de la garantía, con lo que parece claro que se tiende a una acumulación de intereses que generará una deuda de cuantía totalmente desproporcionada con la cantidad efectivamente entregada. Incluso se prevé, como algo en principio favorable al prestatario, la limitación de la deuda al valor neto obtenido por la venta de la vivienda si se cumplen determinadas condiciones; c) La circunstancia de dejar de residir por seis meses, incluyendo en ello la mera ausencia de la finca por seis meses, es un pacto de vencimiento anticipado que no puede ser considerado como el establecimiento del plazo de duración de la operación. 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 liquidas ni exigibles, y cuya determinación y orden, de conformidad con el artículo 1172 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 1256 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, entre otras, 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, uno de los límites a dicha libertad es la Ley, entre otras 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 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, como puede suceder en este contrato dada la cuantía de los intereses y la capitalización sin límite de los mismos; por otra parte, 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 2 de febrero de 2003), como puede suceder en este caso, en el que bajo la figura simulada de la hipoteca inversa se disimula el préstamo usurario al consumo; 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 1256 del Código Civil, al quedar al arbitrio 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 dejaría 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.

cismo, puesto que el importe de la deuda por intereses podrá ser muy superior al de la garantía hipotecaria por tal concepto, aunque sólo aparentemente, dado que la prestamista puede hacer uso del poder irrevocable que le es concedido en la Cláusula 12 para aumentar tal cantidad.

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 al arbitrio de una de las partes, de conformidad con lo establecido en el artículo 1256 del Código Civil. 5.2 El procedimiento de retasación previsto en la Cláusula 13.^a se considera incurre en 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 segundo apartado a), 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 El apartado c) no es inscribible, 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 segundo apartado a), 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 poderante, lo que es sin lugar a dudas una causa ilícita. 6.5 Los dos últimos párrafos de la Estipulación, 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. 10. 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 a materias de índole obligacional, 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, no resulta inscribible, en cuanto a lo que sigue: 1. El párrafo 1.º en cuanto a los importes que no se encuentran garantizados hipotecariamente; el primer inciso del párrafo 4.º, el párrafo 10.º en cuanto a las obligaciones que resultan excluidas por la presente nota de calificación, y los párrafos 11.º y 12.º, todos ellos, 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 primer inciso del párrafo 2.º y el párrafo 3.º, al establecer como única una de las posibles consecuencias que para los casos a que se refiere, y por decisión judicial, determina el artículo 117 de la LH; 3. los párrafos 5.º, 6.º, 7.º y 9.º por resultar obvio una vez practicada la inscripción; 4. el segundo inciso del párrafo 10.º, 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 párrafo 8.º por no ser acorde a lo establecido en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria y 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 y 5 de junio de 1987; C) Y respecto a los supuestos referidos en el anterior apartado II.1 de estos mismos Fundamentos de Derecho: Muerte de prestataria: 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.

En su virtud, acuerdo denegar, la inscripción del documento objeto de la presente calificación, en relación con las circunstancias expresamente consignadas en el hecho II de la presente nota de calificación, por la concurrencia de los defectos que igualmente se indican en el Fundamento de Derecho II de la misma nota. Quedando automáticamente prorrogado el asiento de presentación correspondiente durante el plazo de sesenta días a contar desde que se tenga constancia de la recepción de la última de las notificaciones legalmente pertinentes, de conformidad con los artículos 322 y 323 de la Ley Hipotecaria. No cabe, dado el carácter insubsanable de los defectos apreciados, solicitar que se practique la anotación preventiva prevista en el artículo 42.9 de la Ley Hipotecaria. Notifíquese al presentante y al funcionario autorizante del título calificado en el plazo máximo de diez días. Contra la presente nota de calificación negativa cabe, potestativamente: a) Interponer recurso gubernativo ante la Dirección General de los Registros y del Notariado dentro del plazo de un mes a contar desde la fecha de su notificación, el cual podrá presentarse en este Registro de la Propiedad, así como en cualquier otro Registro de la Propiedad, o en cualquiera de los registros y oficinas previstos en el artículo 38.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. b) Proceder a la impugnación directa ante los Juzgados de Primera Instancia de Málaga capital, dentro del plazo de dos meses a contar desde la fecha de su notificación siendo de aplicación las normas del juicio verbal y observándose, en la medida en que le sean aplicables, las disposiciones contenidas en el artículo 328 de la Ley Hipotecaria. c) Instar la aplicación del cuadro de sustituciones conforme a los arts. 19 bis y 27D bis de la citada Ley y al Real Decreto 1039/2.003, en el plazo de quince días a contar desde dicha notificación, sin perjuicio del ejercicio de cualquier otro medio de impugnación que el interesado entienda procedente. Sin perjuicio de lo anterior los «interesados podrán también acudir, si quieren, a los Tribunales de Justicia para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los mismos títulos. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 66 y siguientes y 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria en la redacción dada a los mismos por las Leyes 24/2001 y 24/2005. Estepona, a diecinueve de noviembre de dos mil siete. El Registrador.—Firma ilegible.

III

Don Javier Ortega de la Peña, en representación de la mercantil Seniors Money (Spain) Finance Limited, interpuso recurso contra la anterior calificación, de acuerdo con los siguientes fundamentos de derecho: 1.—Sobre la supuesta determinación indirecta del plazo de duración de la hipoteca y la —según el Registrador—falta de claridad en la fijación del plazo. En su nota de calificación, el Registrador sostiene que «La determinación del plazo de duración de la hipoteca se realiza de manera indirecta» hecho

éste al que anudan la siguiente consecuencia práctica «ello supone que dicho plazo no aparezca fijado con la claridad necesaria en el documento presentado». En auxilio de su opinión, los registradores invocan los arts. 1.124 y 1.256 Cc, para rechazar, con base en las razones que se exponen a continuación, sobre todo la inscripción de la cláusula segunda de la escritura con su previsión de los tres supuestos de vencimiento del préstamo hipotecario. El tenor literal de dicha cláusula es el siguiente; «El importe total adeudado se reembolsará bien (a) cuando se formalice la venta de la Finca, o (b) cuando Seniors Money Spain presente un requerimiento de pago por la deuda pendiente. Mientras el Prestatario no haya incumplido la presente escritura, Seniors Money Spain sólo podrá requerir el pago de la deuda pendiente cuando se produzca cualquiera de las siguientes circunstancias: (a) el transcurso de seis (6) meses desde la muerte del último Residente; sostiene el recurrente, que antes de exponer otros fundamentos jurídicos que justifiquen los supuestos de vencimiento anticipado contemplados en dicha cláusula segunda, es primordial exponer la peculiar causa propia (artículo 1261 CC) de este contrato de préstamo, que se proporcionan a un prestatario cuyo perfil sociológico es el de una persona mayor con pocos recursos económicos (y cuyo patrimonio prácticamente se constriñe a su vivienda habitual) un préstamo inusual debido a su claro tinte social, pues el prestatario no ha de amortizar principal ni pagar intereses (estos se capitalizan continuamente) entre tanto sigue habitando la vivienda hipotecada. Se podría decir sin ambages ni exageración que el banco tiene la deferencia de posponer la exigibilidad de cualquier pago derivado de la financiación, a un momento en el que el prestatario ya no necesita su casa, por los motivos que sean, que son precisamente los que se trata de acotar mediante los supuestos de vencimiento anticipado. Éstos son los tres siguientes: I. «tras su muerte» (a los seis meses por razones del Impuesto de Sucesiones y Donaciones). Se trata de un verdadero plazo de vencimiento aunque incierto de acuerdo con el inequívoco tenor del artículo 1125 Cc, que considera que el incierto es un verdadero término (i.e. un verdadero plazo) «aquél que necesariamente ha de venir aunque se ignore cuando». La relativa indeterminación de los términos inciertos que el Código Civil considera verdaderos y válidos plazos del cumplimiento de obligaciones (art. 1125 Cc) no hace violencia al principio de especialidad, pues no irroga perjuicios a ninguno de los concretos terceros que pudieran tener un interés real en la vivienda gravada. Por otra parte, en contra de lo argumentado por la nota de que a la vista del artículo 1112, ese supuesto de vencimiento anticipado supondría «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 quedara determinado el mismo», el recurrente entiende que en el caso presente, las obligaciones del prestatario se transmiten, desde luego, a los herederos de acuerdo con el principio general de la sucesión universal de los herederos (arts. 659 y 661 Cc), ya que la hipoteca inversa objeto de análisis no se pacta que se extingan con la muerte del difunto, sino que dichas obligaciones vencen a los seis meses de su muerte, por lo que es patente que se transmiten a los herederos, además de que el propio artículo 1112 del Código Civil, contempla explícitamente la posibilidad de excluir por pacto la transmisión de derechos y obligaciones, aunque por lo antes expuesto esa lícita posibilidad no sea de aplicación en el caso presente. Además del tenor del artículo 1125 del Código Civil, se deduce lo que diferencia al término de la condición, que es la certeza de su advenimiento, y así mientras la condición se caracteriza por la incertidumbre en relación con su producción (puede que ocurra, puede que no) tal incertidumbre no es predicable del término pues en este caso se tiene la absoluta seguridad de su acaecimiento, sólo que se desconoce el momento exacto en que tendrá lugar. Asimismo la DGRN ha aceptado en diversas ocasiones como supuestos inscribibles de vencimiento anticipado, hechos sobre cuya producción ninguna información puede proporcionar ni proporciona el propio Registro de la Propiedad, enumerando a continuación algunos de esos hechos y las resoluciones a ellos referidos, supuestos en los cuales la Dirección General consideró que en ninguno de esos supuestos, los terceros quedarán desasistidos por la parquedad de la información registral, ni que se estuviera produciendo en ese caso una contravención del principio de especialidad; II. Rechazo del supuesto de vencimiento anticipado «en caso de que el cliente (o el último residente nombrado) deje de residir de forma permanente en la vivienda hipotecada, durante, al menos, seis meses». Aquí la incertidumbre consiste en que no se sabe si llegará o no el día (el día en que el prestatario deje de residir permanentemente en la vivienda hipotecada) pero para tal supuesto, el último párrafo del artículo 1125 del Código Civil determina que «si la incertidumbre consiste en si ha de llegar o no el día, la obligación es condicional, y se regirá por las reglas de la sección precedente». Así las cosas, la referida obligación condicional desde luego puede garantizarse con hipoteca (lo que explícitamente permite el artículo 142 LH) y como el cumplimiento de la condición implica que la obligación pasa a desplegar ya todos sus efectos (art. 1120 Cc) como si fuera una obligación pura, su plazo de vencimiento sería inmediato. Por lo demás no entiende el recurrente que los preceptos invocados por el Registrador (arts. 5 y 104 LH) puedan impedir la validez del supuesto de

vencimiento anticipado ahora enjuiciado, pues se refieren a supuestos distintos; III. Rechazo del supuesto de vencimiento anticipado «en caso de venta de la vivienda hipotecada».—Este supuesto de vencimiento anticipado tiene su fundamento igualmente en la peculiar causa de los préstamos con hipoteca inversa, en los cuales el cliente permanece en su vivienda sin efectuar pago alguno de principal e intereses, precisamente porque le hace falta, porque no tiene otra vivienda de residencia, de ahí que si el cliente vende su casa (lo que, lógicamente presupone cuenta con otra para vivir) la entidad financiadora pueda exigirle que destine el precio de venta a pagar principal e intereses, sin esperar ya a su muerte, es decir, dicha venta queda configurada en el contrato como supuesto de vencimiento anticipado del préstamo, no pudiendo aducirse de contrario, el tradicional rechazo a la venta de inmueble hipotecado como supuesto de vencimiento anticipado, pues ese rechazo manifestado por la DGRN en varias resoluciones, lo fue en el marco de préstamos y créditos «promediales», es decir, aquellos en los que sí hay amortización regular de principal y pago regular de intereses, de forma continuada antes de que el prestatario fallezca. Además el hecho de la venta de su vivienda por el prestatario es un suceso incierto (no se sabe si va a suceder o no), siendo aquí de aplicación todo lo dispuesto anteriormente en relación con las obligaciones condicionales y su aptitud para ser garantizadas con hipoteca; 2. Sobre la pretendida inadmisibilidad de la cláusula financiera 2.^a por vulnerar los artículos 1.256 y 1124 del Código Civil. A la objeción de vulneración del art. 1256 Cc hay que responder que resulta claramente refutada por el último párrafo de la estipulación Octava de la escritura, que establece que en caso de producirse cualquiera de los supuestos de incumplimiento recogidos en dicha cláusula el prestamista primero remitirá al prestatario una notificación informándole de que se ha producido dicho incumplimiento e indicándole el plazo que le concede para subsanarlo (plazo que no excederá de 30 días). Obviamente el prestatario puede objetar que no se ha producido tal incumplimiento. En cualquier caso, si el prestatario no subsana el incumplimiento en el plazo señalado al efecto, sólo entonces puede el prestamista declarar el vencimiento anticipado. Esta regulación es la habitual en contratos de financiación de todo tipo y es simétrica (en cuanto a su mecanismo de funcionamiento) a la de una figura mucho más incisiva y traumática en la vida de un contrato, como es la resolución. Obviamente, siempre es una de las dos partes la que declara la resolución (extrajudicial, unilateralmente) y sólo si la otra se opone será un tribunal el que dilucide si concurre realmente una causa que habilite para resolver el contrato. Por otra parte, las obligaciones cuya contravención da lugar a los supuestos de incumplimiento de la estipulación octava están muy bien perfiladas en el contrato, luego el prestamista no dispone más que de una mínima discrecionalidad para declarar —sin verdad— que se ha producido un supuesto de incumplimiento. Por último, tampoco hay que olvidar que las obligaciones en cuestión son perfectamente conocidas por el prestatario, que las ha aceptado libremente (volenti non fit iniuria) y que su contenido es equilibrado, En relación con los concretos supuestos de incumplimiento de la estipulación octava que habilitan para declarar el vencimiento anticipado del préstamo, sostiene la nota que «tampoco pueden inscribirse por contrariar el art. 1129.3 Cc». Si algo es manifiesto, eso es que el art. 1129.3 Cc se limita a establecer un concreto supuesto en el que cabe el vencimiento anticipado, pero no dice que no quepan otros: de entrada, sus dos apartados anteriores contemplan otros dos supuestos de vencimiento anticipado, de pérdida del plazo; el impago, obviamente, también constituye otro tal supuesto (incluso de cualquier cantidad, por pequeña que sea, si el pacto consta inscrito en el Registro: art. 693.2 LEC). Y, además, la DGRN ha aceptado en múltiples resoluciones —que sorprende que la nota relegue al olvido— que muchas otras eventualidades también facultan para declarar el vencimiento anticipado y que son las consignadas bajo el epígrafe I) del presente recurso. Por lo que respecta a la supuesta vulneración del artículo 1.124 del Cc, la nota de calificación (y, en consecuencia, la del sustituto) pasan por alto algo esencial: que la resolución por incumplimiento no opera de manera automática, antes bien, es preciso que la parte que niega la vulneración de una obligación pruebe que tal lesión se ha producido realmente y en caso de que la otra parte no esté de acuerdo con su parecer el asunto ha de ser resuelto por un tribunal. Asimismo, y en relación con el presunto requisito (según la opinión recogida en la nota) de la importancia esencial de la obligación contravenida para que quepa la resolución del art. 1124 Cc, ha de tenerse en cuenta que el inicial rigorismo del Tribunal Supremo, que sólo permitía resolver cuando la obligación vulnerada revestía esa importancia «objetiva», ha ido cediendo a favor de la libre elección por las partes de las obligaciones cuya infracción acarree la resolución del contrato. Lo importante es la decisión libre de las partes adoptada en el marco de la autonomía de la voluntad (véanse, a título de ejemplo, las SSTs de 8 de noviembre de 1996; 14 de junio de 1999; 26 de junio de 1999; 15 de junio de 2000 y 23 de mayo de 2003). Más aún: Incluso cuando la obligación incumplida reviste carácter accesorio entiende el Tribunal Supremo que cabe la resolución si así lo hubieran acordado las partes (STS de 11 de abril de 2003); 3. Sobre la indeterminación de las obligaciones cuyo incumplimiento da lugar al

vencimiento. Se niega de plano que las obligaciones asumidas por el prestamista tengan carácter indeterminado. En efecto, la cláusula 14 enumera el elenco de obligaciones adquiridas por el prestatario, listado que en absoluto puede tacharse de vago o impreciso; 4. Epígrafe b) del Punto «1» del Fundamento de Derecho «II» de la nota de calificación: a) Sobre la licitud actual de la llamada «hipoteca inversa». El Registrador opina que, al estar en vías de tramitación parlamentaria, la figura de la hipoteca inversa no puede pactarse al tiempo presente «de lege lata». Con el criterio preconizado por la nota jamás podrían haberse hecho leasing, factoring ni otorgar derechos de aprovechamiento por turno (previamente denominado time-sharing) en España antes de que se promulgaran las respectivas normas que acabaron de perfilar los contornos de dichas figuras y, sin embargo, sí tenían todas ellas cabida en el ordenamiento anterior a tales nuevas leyes; b) Sobre los «desproporcionados» intereses objeto de capitalización. En su nota de calificación, el Sr. Registrador mantiene que «los intereses parecen abocados a aumentar la deuda hasta tal punto que justifiquen la pérdida de la vivienda por su titular, o por quienes deban herearla». La preocupación que aflora en la nota es de todo punto injustificada: en este tipo de hipotecas, y precisamente ante la perspectiva de una larguísima capitalización de intereses (nunca se sabe cuánto va a vivir el prestatario: ésa es la dimensión aleatoria de este tipo de préstamos) el prestamista no otorga un principal superior a un 15 % del valor de tasación del inmueble. Pero aun en la más que irreal hipótesis de que al vencimiento del préstamo la deuda final fuera conmensurable con el valor de tasación del inmueble, la concertación de un préstamo con hipoteca inversa es la libre y lícita decisión del prestamista y dueño del inmueble; ninguna norma da derecho a los herederos a poder (económicamente) adquirir el inmueble tras la muerte del deudor previo pago de la deuda contraída por él. c) Sobre la facultad del prestamista de incrementar unilateralmente el importe de la garantía hasta donde llegue la deuda. Esta facultad tiene una explicación perfectamente plausible y justa: para evitar al prestatario costes iniciales demasiado altos de AJD, se limita la responsabilidad hipotecaria a aproximadamente un 135 % del principal entregado al inicio al prestatario (un porcentaje de responsabilidad hipotecaria sobre principal plenamente concorde con criterios de mercado, que incluye intereses, costas, gastos y otras partidas). Ahora bien: Para el caso de que al cabo de x años el montante acumulado de la deuda haya crecido significativamente vía capitalización de los intereses (debido a la dimensión aleatoria antes expuesta de estos préstamos con hipoteca inversa: La derivada de la incertidumbre inicial sobre cuánto vivirá el prestatario), es más que equitativo que el prestamista quiera reservarse la facultad de incrementar la responsabilidad hipotecaria; 5. En relación a la cláusula 2.^a que regula la imputación de pagos, frente a la tesis del Registrador que sostiene su inadmisibilidad en base al artículo 1172 del Código Civil, el recurrente argumenta que de su dicción literal resulta que es una mera facultad («podrá declarar»), que admite un pacto en contrario, siendo la tónica habitual de los bancos en este tipo de préstamos, el fijar de antemano un orden de imputación de pagos. Además el artículo 1173 Cc si establece con claridad que en tanto exista deuda por intereses, cualquier pago hecho por el deudor se imputará a intereses, siendo irrelevante al orden de efectos de imputación, de que se hayan cargado o no todavía a la cuenta del préstamo, pues lo importante a esos efectos, es que se hayan devengado, aspecto sobre el que la escritura es clara al recoger en su cláusula tercera que su devengo se produce diariamente; 6. Sobre la fijación de intereses (punto 3 de la nota de calificación), el recurrente no acierta a ver qué precepto del ordenamiento pueda contravenir la cláusula que prevé para el caso de que haya vencido la deuda total pero no se haga pago al prestamista en los términos de aquella, que el tipo de interés se incremente un 2 % anual en concepto de penalización, ya que la «Cláusula de Constitución», se dice que la finca responde de hasta un máximo de 9.137 en concepto de intereses, así el mero hecho de que sea una cobertura «hasta un máximo de» permite que la hipoteca, en cuanto a intereses, únicamente garantice los efectivamente devengados hasta ese límite (con independencia de que en el cómputo final haya que tomar en consideración que quizá se haya tenido que incrementar en un 2 % el tipo de interés por causa de la referida mora). Rechaza el recurrente el criterio registral de considerar insubsanable el ofrecimiento del prestamista al prestatario de un tipo alternativo (en cualquier caso bonificado: así lo dice explícitamente la escritura) de interés remuneratorio, aun cuando corresponda al prestamista verificar si el prestatario ha cumplido los requisitos para beneficiarse de esa reducción, ya que por ese argumento se llegaría al absurdo de considerar también ilícitas las bonificaciones concedidas por las compañías aseguradoras en casos de buena conducción, pues al igual que sucede con la hipoteca que se pretende inscribir, la decisión de conceder la referida bonificación corresponde en exclusiva al concedente; por lo que se refiere al rechazo de la cláusula que permite al prestamista modificar los intervalos en los que se cargue el interés, con independencia de que esta estipulación muy probablemente no sea inscribible por carecer de trascendencia real, no hay que olvidar que —como se ha señalado más arriba— capitalizan), salvo que venda la vivienda o deje de residir en ella; res-

pecto al pacto de capitalización de intereses, comisiones y gastos, la capitalización de intereses está prevista por los arts. 317 Código de Comercio (para préstamos mercantiles como el presente. La DGRN ha sentado en diversas resoluciones (por ejemplo, las de 26 de octubre de 1984, 20 de mayo de 1987, 19 de enero de 1994, 19 de enero de 1994 o la de 24 de marzo de 1997, que compendia la doctrina de las anteriores) que lo que sería incompatible con el principio de especialidad sería una inscripción en línea con el pacto de anatocismo: es decir, la fijación de responsabilidad hipotecaria, en concepto de principal, por una cifra siempre cambiante de principal (a resulta de la progresiva capitalización de intereses). Pero la escritura objeto de la nota distingue netamente en su cláusula Undécima, de acuerdo con el art. 12 LH, entre responsabilidad por principal y responsabilidad por una cifra máxima de intereses, en plena conformidad, pues, con ley y doctrina de la DGRN; sobre tipos abusivos, el recurrente cita diversas sentencias del Tribunal Supremo sobre usura, al hilo de la aún vigente Ley Azcárate sobre Usura, que comienzan en umbrales incomparablemente más altos que la cifra actualmente resultante de la suma, aproximadamente un 7,4 %, ejemplos que a juicio del recurrente bastan para apuntalar la procedencia de la inscripción; 7. Acerca de la cláusula de constitución de hipoteca, el recurrente empieza por decir que la concesión del prestamista al prestatario consistente en aceptar que en aquellos casos en los que la cuantía del préstamo (i.e. principal incrementado por los intereses devengados y capitalizados) supere el valor de tasación de la finca, la responsabilidad del prestatario quede limitada, es una condonación parcial de deuda, una renuncia a la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal, renuncia perfectamente lícita y amparada por el art. 140 LH; frente a la sorprendente afirmación de la primera nota, los intereses remuneratorios garantizados con la hipoteca distan mucho de ser indeterminados: hasta un máximo de 9.137, se lee en la estipulación ONCE. Que el montante final del préstamo pueda superar el valor de la finca, es decir, que, de hecho, los intereses devengados y capitalizados puedan superar, aun con creces, la cifra de intereses garantizada con hipoteca, es plenamente compatible con la libertad del prestamista de conformarse con que quede un posible remanente de intereses no garantizados por la hipoteca; finalmente el que el prestamista no haya querido prever que la hipoteca dé también cobertura, además de los gastos que lleva aparejados la ejecución, las comisiones y primas del seguro, es su buen derecho, ya que el titular de una garantía puede elegir libremente qué obligaciones quiere garantizar con ella; 8. En relación con la tasación de la finca hipotecada, la previsión de incremento del valor de tasación de la finca es más que razonable por dos motivos: a) el contrato es aleatorio en una determinada dimensión: cuanto más viva el prestatario (sin perjuicio de que previamente venda su vivienda o deje de residir en ella), tantos más intereses se capitalizarán y tanto mayor será la deuda final; b) en un lapso de tiempo de, por ejemplo, 20 años (los prestatarios han de tener al menos 65 años de edad al concertar el préstamo) el valor de una vivienda crece exponencialmente. Además, cuanto más se incremente (en su caso) el valor de tasación, tanto más plausible es que la ejecución de la hipoteca pueda dar lugar a una hyperrocha (a un remanente entre dicho valor de subasta y el montante total de la deuda), que correspondería al prestatario o a su herederos, según cuál sea la causa de vencimiento del préstamo. Por otro lado, la condonación parcial de deuda, de la responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 CC antes expuesta, exige, como contrapartida, que el valor de tasación de la finca (el de la subasta) sea siempre de mercado: Si fuese mucho menor, la pérdida que podría sufrir el prestamista precisamente en atención a dicha condonación parcial sería demasiado grande y por completo injustificada. A la vista de lo expuesto en el apartado precedente no parece parcial que, ofreciéndosele primero al prestatario la posibilidad de realizar la nueva tasación cuando se lo indique el prestamista (lo que éste únicamente puede sugerirle «en caso de que el valor de mercado de la finca haya subido sustancialmente»), si el prestatario no accediese a realizar tan crucial nueva tasación el prestamista pueda considerarse apoderado de forma irrevocable para efectuar la correlativa novación de la hipoteca aun en régimen de autocontratación: El Tribunal Supremo ha aceptado ya en numerosos pronunciamientos que este tipo de apoderamientos irrevocables son efectivamente irrevocables (pese al genérico art. 1732.1 CC) si obedecen a propósitos de garantía (cfr. por ejemplo, sentencias del TS de 20.7.1995 –RJ 5716–, 19.11. 1994 –RJ 8537–, 24.12. 1993 –RJ 10149–, 11.5.1993 –RJ 3539–, 26.11.1991 –RJ 8508 ó 21.10. 1980 –RJ 3633–, por sólo citar algunas de ellas); y tal es el caso, pues con la nueva tasación no se busca más que asegurar que la hipoteca sigue siendo una garantía válida. Es más: el prestatario que no aceptase voluntariamente adaptar el valor de tasación originario al real, bien pudiera estar perjudicando de esa manera la garantía y perder el plazo, conforme a lo previsto en el art. 1129.3 Ce. Frente al parecer que recoge la nota, el art. 117 LH no prohíbe al acreedor llevar a cabo una retasación para adaptar el valor de la finca al de mercado, sino que regula las acciones judiciales que el acreedor hipotecario puede emprender cuando el comportamiento del propietario de la finca se traduce en una disminución de valor de la finca: son supuestos totalmente distintos, por lo que el precepto

invocado carece de aplicación en el caso presente; 9. Por lo que se refiere a la estipulación 14.^a («Obligaciones del Prestatario. Manifestaciones y Garantías»), con independencia de que la gran mayoría de las objeciones hechas por el Registrador de Estepona 2 a las previsiones de esta estipulación conciernen a pactos que, en cualquier caso, no son inscribibles, es interés de esta parte abordar su justificación, a fin de mostrar que su inclusión en este especial préstamo hipotecario viene motivada en razón de la especial naturaleza de esta hipoteca. Así critica la nota de calificación que el prestatario se comprometa de diversas formas a no gravar la finca y a no alquilarla. Nuevos gravámenes harían perder valor a la finca (el valor de tasación resultaría fácilmente falseado y, además, de nuevo podría comportar esto un perjuicio de la hipoteca con el efecto de la pérdida del plazo del art. 1129.3 CC). Asimismo, y en relación con la constitución de nuevas cargas o gravámenes, la DGRN ha estimado en varias ocasiones su inscribibilidad como supuesto de vencimiento anticipado (véanse las Resoluciones de la DGRN de 23 de octubre de 1987 y 26 de octubre de 1987). En cuanto a la prohibición de alquilar, se explica por lo señalado más arriba: el prestamista se aviene a postponer el vencimiento del préstamo hasta el momento en que el prestatario deje de utilizar «definitivamente», su vivienda: eso, obviamente, sucedería si la alquilase; finalmente y con relación a los puntos 6.3 y 6.5 de la nota de calificación, el recurrente sostiene que es evidente que en una hipoteca en la que se permite al prestatario no pagar ni capital ni intereses hasta que deje de necesitar su casa, y ésta sea la hipotecada en garantía del repago final, ha de prever que el dueño del inmueble la cuide exquisitamente. La acción de devastación del art. 117 LH responde a esta misma preocupación y resulta aplicable incluso a hipotecas en las que sí se van produciendo amortización de principal y pago de intereses; 10. Por lo que concierne a la Cláusula 15 («Procedimientos judiciales»), el recurrente sostiene que el art. 572.2 LEC, que es de aplicación a cualquier procedimiento de ejecución de hipotecas, ha derogado tácitamente el art. 153 LH –del año 1946– en sus aspectos procesales; por otro lado, el que el procedimiento establecido en la estipulación 15.^a para describir el cálculo del saldo final tome en consideración todas las vicisitudes por las que puede pasar este préstamo, posibles pagos adelantados hechos por el prestatario, comisiones, etc. y el que el cálculo de la deuda se acredite por certificación unilateralmente emitida por el acreedor, es compatible con el hecho de que en la cláusula sobre responsabilidad hipotecaria se fijen determinadas cifras máximas de responsabilidad por principal, intereses, costas y gastos. Cosa completamente distinta, es que la responsabilidad hipotecaria pactada bien pudiera no dar completa cobertura a toda la deuda, pero eso, además del día a día de tantos préstamos hipotecarios, es la libre decisión del prestamista; 10. Finalmente el recurrente acaba solicitando la acumulación de este recurso con otros puestos por él mismo en base a lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre.

IV

Con fecha catorce de enero de dos mil ocho, el Registrador de la Propiedad de Estepona número 2 emitió informe manteniendo la calificación en todos sus extremos y remitiendo el correspondiente expediente.

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, artículo 29.1 del Real Decreto 685/19982 de 17 de marzo y las Resoluciones de este Centro Directivo de 4 de julio de 1984, 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 1997, 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, 21 de diciembre de 2007, 14 de enero de 2008, 1 de febrero de 2008, 8 de febrero de 2008, 22 de febrero de 2008, 28 de febrero de 2008, 14 de marzo de 2008, 15 de marzo de 2008, 19, 22 y 24 de marzo de 2008.

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 el Registrador el que la determinación del plazo de duración de la hipoteca se realiza de manera indirecta, remitiéndose a un momento temporal, (transcurridos seis meses desde la muerte del prestatario) así como a otra serie de supuestos a los que cabe considerar como casos de vencimiento anticipado. 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 Hipotecaria 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 el Registrador 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, pero aún no cargados en la cuenta del préstamo 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 el Registrador se relaciona con lo que el funcionario 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 el Registrador 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, el Registrador 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 al Registrador, 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 pue-

den 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 –aunque 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 el Registrador que el pacto para el cálculo de interés variable, consistente en sumar un diferencial del 4 % anual a la referencia «Euribor a tres meses», convierte aquél 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, 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.

El Registrador 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 determi-

nado, 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 el Registrador esta previsión una falta insubsanable, por cuanto contradice los artículos 1256 el 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. artículo 29.1 del 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 obligatorio, 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 inmobiliaria (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 del Registrador 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 10 bis 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 1991 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, 14 de mayo de 2008.—La Directora General de los Registros y del Notariado, Pilar Blanco-Morales Limones.

9911

RESOLUCIÓN de 16 de mayo de 2008, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por Seniors Money (Spain) Finance Limited, contra la negativa del registrador de la propiedad de Estepona número 2 a inscribir una escritura de préstamo hipotecario.

En el recurso interpuesto por Don Javier Ortega de la Peña, en representación de la entidad Seniors Money (Spain) Finance Limited, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Estepona número 2, don Javier de Angulo Rodríguez, a inscribir una escritura de préstamo hipotecario.

Hechos

I

En escritura autorizada por el Notario de Estepona Don Jorge Moro Rodríguez, como sustituto por ausencia reglamentaria del también Notario de Estepona Don José María García Urbano, con fecha veinte de agosto de dos mil siete, número 4.113 de protocolo, la mercantil de nacionalidad irlandesa Seniors Money Spain concedió un préstamo a los cónyuges Don Alfred Wagner y Doña Suveena Wagner-Niyomna, con la garantía hipotecaria de una vivienda unifamiliar, perteneciente a la demarcación del Registro de la Propiedad número 2 de esa ciudad.

II

Presentada la primera copia en el Registro de la Propiedad número 2 de Estepona Don Javier de Angulo Rodríguez, con nota de calificación, de la que resultan los siguientes Hechos y Fundamentos de Derecho: HECHOS.—I. El documento objeto de la presente calificación, autorizado por Don Jorge Moro Domingo, como sustituto y para el protocolo de su compañero de residencia Don José María García Urbano, Notario de Estepona, el día 20 de agosto de 2007, con el número 4113/2007 de su Protocolo, fue presentado por «Gestimed Levante S.L.», a las 16.37 horas del día 22 de octubre de 2007, según el asiento número 1016 del Diario 43, retirado para proceder a la liquidación del impuesto y vuelto a presentar el veinticinco de octubre. II. En dicho documento se han observado las siguientes circunstancias que han sido objeto de calificación desfavorable: I. Respecto del plazo de duración de la hipoteca y del préstamo garantizado por la misma, se indica en la Cláusula Financiera 2.^a sobre «Reembolso», 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 definición indirecta del plazo de duración, que confunde o mezcla la fijación del plazo normal de duración con el establecimiento de supuestos de vencimiento anticipado; 2. La Cláusula 2), 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 o sí 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 de intereses, 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; 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 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 referida, «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 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 al arbitrio de la entidad prestamista; 6. En relación con la Cláusula 14.^a en que se regulan «Obligaciones del Prestatario. Manifestaciones y garantías del Prestatario», cuyo posible incumplimiento 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 Los apartados A, B y C, y los dos últimos apartados de la presente 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 El apartado F, regula el procedimiento de retasación. 6.3 Los apartados G y H, regulan diversas obligaciones cuyo objetivo general es mantener la finca en un estado tal, que permita cubrir una responsabilidad que irá creciendo a lo largo del tiempo como consecuencia de la permanente capitalización de intereses. 6.4 El último párrafo del apartado F, 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 entidad 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 (sic) 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