

III. Otras disposiciones

MINISTERIO DE JUSTICIA

26113 *RESOLUCION de 26 de octubre de 1987, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Luis Miguel García Bueres, en nombre del «Banco Español de Crédito, Sociedad Anónima», contra la denegación del Registrador de la Propiedad número 1 de Gijón a inscribir una escritura de préstamo a interés variable con garantía hipotecaria unilateral, en virtud de apelación del recurrente.*

Excmo. Sr.: En el recurso gubernativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Luis Miguel García Bueres, en nombre del «Banco Español de Crédito, Sociedad Anónima», contra la denegación del Registrador de la Propiedad número 1 de Gijón a inscribir una escritura de préstamo a interés variable con garantía hipotecaria unilateral, en virtud de apelación del recurrente.

HECHOS

I

El día 11 de julio de 1985, el «Banco Español de Crédito, Sociedad Anónima», concedió un préstamo de 1.500.000 pesetas a doña María Gloria Torre Llosa, don Enrique Torre Cortina y doña Zulema Llosa Gómez, y a fin de garantizar su devolución con los intereses, en la misma fecha se otorgó ante el Notario de Gijón don Antonio Olmedo Martínez escritura de préstamo a interés variable con garantía de hipoteca unilateral, a favor de dicha Entidad, sobre el departamento número 10 de vivienda en planta 5.ª, situada en la calle Francisco de Paula, número 22, de la citada población.

II

Presentadas la primera y segunda copia de la citada escritura en el Registro de la Propiedad número 1 de Gijón, se hizo constar mediante el correspondiente asiento de presentación de fecha 12 de julio de 1985. Devuelto el mismo día el documento al presentante, a los efectos del impuesto, fue aportado nuevamente al Registro, y con fecha 5 de septiembre de 1985, se extendió nota de calificación denegatoria. Caducado el citado asiento de presentación, fue presentada nuevamente copia de la referida escritura, que fue calificada con la siguiente nota: «Devuelto al Registro el precedente documento con fecha 28 de agosto pasado, se deniega su inscripción por observarse los siguientes defectos: Primero.—En la cláusula 2.ª, al establecerse la posibilidad de variación del tipo de interés inicialmente fijado, no se determina, ni directamente, ni en relación con la cláusula 8.ª —conforme después se verá— una cifra o límite máximo de responsabilidad por dicho concepto, con infracción de lo dispuesto en los artículos 12 y concordantes de la Ley Hipotecaria, 219 de su Reglamento y la doctrina de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 y 31 de octubre de 1984. Segundo.—En la cláusula 3.ª se consideran defectuosas las siguientes expresiones: a) la relativa a las liquidaciones “de I.T.E., o el impuesto que le pueda sustituir o complementar”, por cuanto, aparte su inoperancia en cuanto pueda alterar las obligaciones tributarias de Derecho público, ni afecta a tercero, ni se precisa su cuantía, en contra del principio de especialidad; b) la establecida en el apartado c) de la citada cláusula 3.ª, en orden a la imputación de pagos, de carácter estrictamente personal, que no puede afectar a tercero, y que incide en la misma imprecisión al referirse genéricamente a toda clase de “costas y gastos suplidos por Banesto”. Tercero.—La cláusula 4.ª, relativa a la mora, así como en general, las referencias hechas a la misma en otras cláusulas de la escritura, tampoco resulta inscribible, al depender los intereses moratorios de una conducta personal del deudor, que no puede trascender a tercero fuera de los cauces marcados en los artículos 317 y 319 del Código de Comercio y 115 y 126 de la Ley Hipotecaria, y sin que tampoco pueda englobarse

en la hipoteca de seguridad por costas, conforme a la doctrina de las Resoluciones antes citadas. Aparte de ello, para su base de cálculo se introduce una cantidad ilíquida e ilegal, la referente a impuestos y se deja sin determinar si el tipo del 18 por 100 establecido se refiere a periodos anuales o al concreto periodo mensual de devengo contemplado. Cuarto.—La cláusula 5.ª que señala las causas de vencimiento anticipado de la hipoteca, se deniega totalmente, salvo en lo relativo al impago de los plazos de amortización e interés, por las razones siguientes: 1.ª En cuanto al resto del apartado a) y la totalidad del b), por su falta de objetividad, toda vez que al no preverse control jurisdiccional alguno respecto a la exactitud de la causa, el contrato, ya unilateral y de adhesión, quedaría exclusivamente al arbitrio de la parte acreedora, en contra de lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil; 2.ª En cuanto al apartado c), por las mismas razones anteriores, y, además, por opuesta al artículo 117 de la Ley Hipotecaria, de Derecho necesario; 3.ª En cuanto al apartado d), por tratarse de causas personalísimas del deudor, que sólo podrían tener eficacia mientras la finca se conserve en poder del hipotecante, y reguladas por preceptos de carácter imperativo; 4.ª En cuanto a los apartados e) y f), por la misma razón anterior 1.ª, y además, por opuestas, respectivamente, a los principios de publicidad y calificación registral; 5.ª Finalmente, en cuanto al apartado g), por opuesta al principio de libre disponibilidad y libertad jurídica, conforme al artículo 27 de la Ley y reiteradísima doctrina de la Dirección General. Quinto.—La indemnización del 3 por 100 pactada a favor del acreedor en caso de reembolso anticipado, en un contrato unilateral en que el deudor cumple con pagar, se estima ilegal y contraria a lo dispuesto en los artículos 56 y 312 del Código de Comercio, en relación con los artículos 1.153, 1.156 y 1.266 del Código Civil. Sexto.—En la cláusula fundamental, octava, de constitución unilateral de hipoteca, se observa, indeterminación esencial de la responsabilidad hipotecaria, en cuanto a los dos extremos siguientes: A) Respecto a los intereses, en cuanto literalmente se fija la responsabilidad por réditos en “ochocientos diez mil pesetas de sus intereses de tres años al tipo de dieciocho enteros por ciento”. El citado tipo del 18 por 100 corresponde, según la anterior cláusula 4.ª, a intereses para el supuesto de demora, por lo que se produce confusión entre los intereses ordinarios del préstamo —de devengo fijo y periódico, conforme a un tipo inicial del 14,50 por 100 anual, si bien sometido a posible variación— y los intereses moratorios —de devengo aleatorio y no periódico, sometidos al tipo del 18 por 100 y que no se devengan por anualidades—. Estos créditos accesorios del principal, por su distinta naturaleza, base de cálculo y tipo porcentual aplicable, no pueden englobarse bajo una responsabilidad hipotecaria única conforme a los artículos 9, 2.º y 12 de la Ley Hipotecaria, y la doctrina de la Resolución de 29 de octubre de 1984. A mayor abundamiento, la indeterminación sabe de grado si se tiene en cuenta que, conforme al artículo 114 de la citada Ley —el cual, al determinar la extensión de la hipoteca, no comprende la garantía de los intereses de intereses, sino que se refiere solamente a los intereses del crédito capital—, la imprecisa redacción de la cláusula calificada suscita la duda fundada acerca de si, aparte de la citada cantidad de 810.000 pesetas, que no se señala como máxima, y que parece referirse sólo a intereses moratorios, quedarían, además, comprendidos en la garantía hipotecaria los intereses ordinarios que se devengasen a tipo de interés variable durante los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente, que son objeto, “ministerio legis”, de la cobertura del citado precepto legal. B) En cuanto a las costas, la cláusula de referencia engloba asimismo, aparte las propiamente dichas judiciales o de ejecución, toda clase de gastos accesorios, anticipos, impuestos y otros conceptos ajenos a la propia hipoteca —y que pudieran ser objeto de contrato distinto— con imprecisión tan absoluta que imposibilitarían en tiempo y forma legal la oportuna tasación judicial de costas, conforme aparece regulada en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en los artículos 126 y 131, reglas 5.ª y 15 de la Ley Hipotecaria, preceptos de orden procesal inalterables por pacto, y conforme a la doctrina de las Resoluciones de 9 de febrero de 1898, 14 de febrero y 15 de marzo de 1935. Séptimo.—En cuanto a la cláusula 9.ª, reguladora de la extensión objetiva de la hipoteca, la extensión prevista a las nuevas construcciones es contraria a lo dispuesto con carácter general en los artículos 112 y 113 de la Ley Hipotecaria,

y en este caso concreto, además, al ser la finca hipotecada el piso quinto izquierda de un edificio en régimen de Propiedad Horizontal, a las disposiciones legales reguladoras de dicho régimen. Octavo.—En cuanto a la cláusula 10 de la escritura, se deniega la inscripción de los apartados a) y b) de la misma, así como su párrafo final, por las mismas razones antes expresadas al exponer el defecto cuarto. Noveno.—En la cláusula 11, asimismo se deniega la facultad de toma unilateral de posesión, así como la obligación de inmediato desalojo por opuestas a la regulación de la administración y posesión interina establecida en el artículo 131, regla 6.ª, de la Ley y sus concordantes. Décimo.—Respecto de las cláusulas 12 y 15, se suspende la inscripción por carecer de trascendencia real. Undécimo.—A efectos de lo dispuesto en los artículos 1.320 del Código Civil y 91.1 del Reglamento Hipotecario no resulta acreditada en legal forma la legitimación de la disponente para constituir hipoteca sobre la vivienda habitual. Los defectos anteriormente señalados en los apartados cuarto, sexto, séptimo y noveno de la presente nota de calificación tienen carácter insubsanable, lo que, unido al carácter esencial del defecto sexto, impide la inscripción de la totalidad del documento, por ser inaplicable a la constitución de hipoteca lo dispuesto en el artículo 434 del Reglamento, conforme parece solicitarse en la cláusula 14 de la escritura. No procede tomar anotación de suspensión. Gijón, 5 de septiembre de 1985.—El Registrador, César García-Arango, Registrador de Gijón número 1.»

III

El Procurador de los Tribunales don Luis Miguel García Bueres, en representación del «Banco Español de Crédito, Sociedad Anónima», interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que en cuanto al primer defecto, la cláusula segunda de la escritura calificada se refiere a la fijación del interés del préstamo concertado entre las partes con carácter previo y cuya existencia reconocen los deudores y elevan a pública, mediante escritura, de forma unilateral, no teniendo esta relación contractual inter-partes más límites que los que los contratantes quieren imponer; ahora bien, en lo que se refiere a la garantía hipotecaria accesoria del contrato principal será preciso establecer un límite de responsabilidad en perjuicio de tercero, artículo 114 de la Ley Hipotecaria, que se establece en la cláusula octava de constitución de hipoteca y no en la referida anteriormente. Que en lo que concierne al defecto segundo, referente a la cláusula tercera de la escritura, es cierto que por pacto no puede alterarse una obligación fiscal y la cláusula sería nula en virtud de lo establecido en el artículo 6, 3, del Código Civil, pero hay que tener en cuenta que el Impuesto de Tráfico de Empresas, cuyo sujeto pasivo es la Entidad acreedora, es necesariamente repercutible en el deudor, artículo 11 del Reglamento de dicho impuesto, y, además, tal impuesto dejará de aplicarse a los préstamos a partir del 1 de enero de 1985, en virtud del artículo 8, número 1, apartado 18 de la Ley del Impuesto de Valor Añadido, de 2 de agosto de 1985; así, pues, se entiende que en la referida cláusula lo único que se hace es fijar el importe de las amortizaciones o pagos mensuales que corresponden: capital, intereses y los impuestos, que son una parte más de la deuda de intereses por imposición o mandato legal. Por otro lado, el apartado e) de la cláusula de referencia ordena la imputación de pagos de las obligaciones a cargo de la parte deudora de adverso signo que nacen del contrato del préstamo que es perfectamente legítimo en virtud del artículo 1.255 del Código Civil y, en todo caso, se hace la imputación observando el criterio legal supletorio del artículo 1.173 del Código Civil. Y, por último, en cuanto a la imprecisión de la expresión «Costas y gastos suplidos por Banesto», hay que aplicar lo establecido en el artículo 1.285 del Código Civil, y dicha expresión, en caso de duda, tiene amplia explicación en el contenido de las cláusulas octava y duodécima. Que en lo referente al tercer defecto, en la cláusula cuarta de la escritura se establece una mora automática por falta de cumplimiento de lo pactado, permitido por el artículo 1.100, número 1, del Código Civil; de otro lado se establece la forma de liquidar los intereses moratorios de la forma establecida en el último párrafo del artículo 317 del Código de Comercio, sin que ello implique violación del artículo 115 de la Ley Hipotecaria, e incluyendo los impuestos, ya que forman parte de la deuda; por último, el interés moratorio fijado es claro que se establece por períodos anuales, en virtud de las reglas generales de interpretación de los contratos, artículos 1.284 a 1.286 del Código Civil. Que en cuanto al cuarto defecto, que se refiere a la cláusula quinta de la escritura, se está de acuerdo con la calificación, a excepción: 1.º el resto del apartado a) de vencimiento anticipado de la escritura no puede rechazarse con carácter general, pues será válido en tanto que resulten inscritas o inscribibles las diferentes obligaciones contempladas en el contrato en su conjunto, rechazándose la falta de control jurisdiccional, ya que es accesible a cualquiera el auxilio de los tribunales; 2.º la causa de vencimiento anticipado del apartado c), se considera válida, ya que recoge lo establecido en el artículo 1.129, número 3,

del Código Civil, sin que lo pactado se oponga a lo establecido en el artículo 117 de la Ley Hipotecaria; en todo caso, en el pacto de referencia no se ha hecho más que establecer por voluntad de los contratantes lo que establece y regula con carácter imperativo la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario, de 25 de marzo de 1981, artículo 5.º, párrafos 3.º y 5.º, que los apartados e) y f) se considera que no se oponen al principio de publicidad registral teniendo en cuenta que la inscripción de la hipoteca es constitutiva y cuando tenga acceso al Registro pueden haberse alterado las circunstancias de cargas de las fincas tenidas en cuenta en la formalización del contrato de préstamo que es anterior, cuya alteración de dichas circunstancias se eleva por pacto, entre las partes, a la categoría de condición resolutoria. Que en lo que concierne al quinto defecto, se pacta un plazo a favor del acreedor, que es válido según el artículo 1.127 del Código Civil; por otra parte, los artículos 56 y 312 del Código de Comercio se refieren a casos diferentes; los artículos 1.153 y 1.155 se refieren al incumplimiento de los contratos y no al cumplimiento anticipado de un contrato a término, y, por último, en cuanto al artículo 1.256 de dicho texto legal, es evidente que en la cláusula no se alude a que se deje al arbitrio de uno de los contratantes el cumplimiento del contrato de préstamo. Que en lo referente al defecto sexto, que se refiere a la cláusula octava, hay que distinguir: 1.º Indeterminación esencial de la responsabilidad hipotecaria respecto a los intereses: a) se considera que a pesar de la doctrina contenida en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de febrero y 15 de marzo de 1935 y 29 de octubre de 1984, no se debe estimar como contrario el principio de especialidad englobar en el mismo concepto de responsabilidad los intereses normales y los moratorios; b) cuando la legislación hipotecaria alude a responsabilidad por intereses, fundamentalmente el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, no distingue entre intereses normales y moratorios y si lo hace entre intereses y costas; c) en la responsabilidad por intereses estaríamos en presencia de una hipoteca de seguridad y el porcentaje que se cita del 18 por 100, se refiere de un lado a los intereses normales, para fijar un máximo de responsabilidad por intereses con respecto a terceros, con independencia de las fluctuaciones de interés variable pactado en la cláusula segunda (defecto primero de la nota de calificación) y, de otro lado, se refiere a los intereses moratorios que aparecen fijados en un 18 por 100 y, por último, se considera que si se fija un máximo de responsabilidad en términos de porcentaje máximo que alcanzará el tipo de interés en perjuicio de tercero y términos de cantidad exacta, no es necesario utilizar la palabra «máximo», ya que los artículos 12 y concordantes de la Ley Hipotecaria y 219 de su Reglamento, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 y 31 de octubre de 1984, no exigen fórmulas sacramentales de ninguna clase, y d) que ante la duda de si además de los intereses moratorios quedan incluidos en la garantía hipotecaria los intereses normales, a través de la cobertura «ministerio legis», hay que especificar que el artículo 114 de la Ley Hipotecaria establece una protección supletoria de pacto específico, y en el presente caso lo hay, y 2.º Indeterminación esencial de la responsabilidad hipotecaria respecto a las costas: no se considera que haya una imprecisión absoluta en cuanto al tal concepto, ya que en la propia cláusula se hace una enumeración bastante completa y aún lo es más en el resto de la escritura, y en caso de ejecución dichos gastos serán pormenorizados y adquirirán el carácter de líquidos con el debido control judicial; en definitiva, todos los gastos a que hace referencia la escritura y que engloban la responsabilidad por tal concepto, están relacionados directamente y derivan de la obligación principal, sin que se contradigan las Resoluciones citadas por el Registrador en la nota de calificación. Que en lo que concierne al defecto séptimo, que se refiere a la cláusula novena reguladora de la extensión objetiva de la hipoteca, hay que estimar que no hay ningún pacto expreso contrario a lo establecido en el artículo 112 de la Ley Hipotecaria, ni en las normas específicas del régimen de Propiedad Horizontal. Que en lo concerniente al defecto octavo, que se refiere a la cláusula décima, se admite la calificación registral, excepto a lo referente al apartado b) en cuanto que le importa a la parte acreedora el pago de los impuestos que gravan el dominio de la finca hipotecada, ya que crean una preferencia de la Hacienda pública respecto al acreedor hipotecario; por ello, parte de la doctrina entiende que es válido el pacto de referencia. Que en cuanto al defecto noveno, que se refiere a la cláusula undécima de la escritura en la que se estipula la facultad de toma unilateral de posesión y la obligación de inmediato desalojo, hay que señalar que se refiere a la posesión de hecho y no a la jurídica, y que en cuanto al desalojo no se opone ningún precepto legal. Que en cuanto al defecto décimo se admite la calificación registral. Que, por último, en lo referente al undécimo defecto hay que considerar que nos encontramos ante una hipoteca otorgada por la nuda propietaria y los usufructuarios de un inmueble de común acuerdo y que aquella se encuentra sometida a un régimen de separación de bienes y a una separación física y de hecho de su esposo.

IV

El Registrador de la Propiedad número 1 de Gijón, en defensa de su nota, alegó que en cuanto a la legitimación activa del presente recurso, por tratarse de una hipoteca unilateral, mientras que no conste registrada la aceptación de dicha hipoteca por el acreedor, conforme al artículo 141 de la Ley Hipotecaria, no podía éste ejercitar ninguno de los derechos y acciones derivadas del título de hipoteca otorgado unilateralmente a su favor; ello no obstante, y teniendo en cuenta que la aceptación pudiera producirse en cualquier momento, por razones de economía procesal, se renuncia expresamente a negar dicha legitimación activa al «Banco Español de Crédito, Sociedad Anónima», aunque se destaca la apariencia de la hipoteca constituida unilateralmente a su favor como acto basado en un previo contrato de adhesión. Que en cuanto al primer defecto señalado en la nota de calificación, el recurrente parece reconocer que la cláusula segunda de la escritura, relativa al límite de responsabilidad, está incompleta, ya que en la cláusula octava es en donde manifiesta fijarse dicho límite y precisamente por no fijarse en la segunda es por lo que existe el defecto, en base a las siguientes razones: En nuestro Derecho positivo sólo tienen regulación reglamentaria las cláusulas de estabilización del capital o principal del préstamo, en el párrafo tercero del artículo 219 del Reglamento Hipotecario, pero no los intereses que devengue el crédito; sin embargo, se observa una práctica bancaria, muy extendida en los últimos tiempos de crisis económica, de establecer en todos los contratos de préstamo, otorgados a largo y medio plazo, cláusulas de revisión o fluctuación del interés pactado. Dicha cláusula de interés variable debe considerarse en principio lícita, al amparo del artículo 1.255 del Código Civil, siempre que no responda a módulos unilaterales, según el artículo 1.256 de dicho Código, y respete los límites impuestos por los artículos 6 y 7 del mismo o los más específicos de la Ley de Represión de la misma de 1908 o los impuestos para los contratos tipo, en masa o de adhesión por el artículo 10 de la Ley General 26/1984, para Defensa de los Consumidores, de 19 de julio. Aparte de lo anterior en el terreno específico del derecho real de hipoteca y su publicidad registral hay que señalar: 1.º Que en la hipoteca, tanto la responsabilidad por principal como por intereses y costas, han de expresarse obligatoriamente siempre mediante datos matemáticos exactos, de ahí que incida con la máxima fuerza el principio hipotecario de especialidad o de terminación. 2.º Que en aplicación concreta del principio de determinación la legislación hipotecaria se preocupa de establecer concretamente el límite mínimo y máximo entre los que la responsabilidad hipotecaria por intereses puede fluctuar, en los artículos 12 y 114 de la Ley Hipotecaria, desarrollado este último por el artículo 220 de su Reglamento. Y 3.º Que en el caso del presente recurso nos encontramos en idéntico supuesto al contemplado por las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 y 31 de octubre de 1984, ya que no se establece en la referida cláusula segunda un máximo de responsabilidad, con perjuicio para el deudor hipotecante, del posible tercero hipotecario, del principio de legalidad y con demérito de la propia publicidad registral. Que en lo referente a los defectos imputados en la cláusula tercera de la escritura calificada, hay que señalar que la cita que el recurrente hace del Reglamento del Impuesto General de Tráfico de Empresas es parcial e incompleta, pues no menciona el artículo 24 del mismo, y que la afirmación de que «los impuestos son una parte más de la deuda de intereses», hecha por aquél, debe rechazarse totalmente, tanto desde el punto de vista de la distinta naturaleza de ambos conceptos, como de los distintos efectos y procedimientos de garantía y exacción. Por otro lado, el recurrente deja sin rebatir los dos defectos concretos señalados en el párrafo a) del apartado segundo de la nota, que están basados: 1.º En que respecto al tercero que soporta la hipoteca, en los términos marcados por la Ley Hipotecaria, pero no las consecuencias contractuales, tales pactos suponen una pura «res inter alios acta». Y 2.º En que se infringe el principio de especialidad al ser imprecisa la cuantía, el tipo impositivo, e incluso el «dies a quo». Por lo que respecta al apartado c) de la cláusula tercera, la imputación de pagos pactada entre partes tiene carácter estrictamente personal y no puede afectar al tercer adquirente y, a efectos de la hipoteca, incide en una total imprecisión en orden a la cuantía de todas esas anómalas prestaciones, ni siquiera en el plano civil puede estimarse correcta, en virtud de lo establecido en el artículo 1.172 del Código Civil. Que en cuanto a los intereses moratorios del préstamo, regulados fundamentalmente en la cláusula cuarta de la escritura, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, la sentencia de 22 de octubre de 1984, los intereses ordinarios del préstamo y los moratorios tienen muy distinta naturaleza jurídica, y, por ello, es muy distinta la forma de devengo; en el mismo sentido se ha manifestado la Dirección General de los Registros y del Notariado en las Resoluciones de 14 de febrero y 15 de marzo de 1935 y 29 de octubre de 1984, entre otras, y, según las mismas, en lógica aplicación del principio de especialidad es necesario determinar por

cada concepto una concreta responsabilidad, sin que pueda englobarse, sino que han de constar perfectamente diferenciadas. A efectos estrictamente hipotecarios hay que considerar que si después de constituirse la hipoteca aparece un tercer adquirente de dominio o derecho real sobre la misma finca, la cobertura hipotecaria sólo alcanza al tope máximo que necesariamente debe señalarse en la inscripción de constitución, artículos 12, 114, 146, 147 y concordantes de la Ley Hipotecaria, sentencias de 20 de marzo de 1919, 17 de octubre y 18 de marzo de 1946, entre otras, del Tribunal Supremo y doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Por otra parte, nuestro Derecho positivo es contrario al anatocismo, según el artículo 317-1.º del Código de Comercio y artículo 114 de la Ley Hipotecaria, y así la garantía hipotecaria no comprende nunca los intereses de intereses, como afirmó la Dirección General citada, en Resolución de 3 de mayo de 1884 y lo mantiene la doctrina hipotecarista más moderna. El sistema legal previsto para el aseguramiento de los intereses vencidos y no satisfechos es el de la hipoteca de ampliación, conforme al artículo 115 de la Ley Hipotecaria, complementado por el artículo 114 de la misma, que se produce siempre sin perjuicio de tercero, según el citado artículo 115 y el 126, ambos de la Ley Hipotecaria, lo que es congruente con el párrafo segundo del artículo 317 del Código de Comercio antes citado. Y, por último, de la defectuosa cláusula cuarta, resulta: 1.º Que la responsabilidad por interés de demora no se especifica ni distingue de la correspondiente a intereses ordinarios. 2.º En la base de cálculo de tales intereses moratorios se introduce una cantidad, la correspondiente a impuestos, que resulta ilíquida y provoca absoluta indeterminación, y que en cierto modo es ilegal. 3.º Tampoco se determina si el interés de demora estipulado sería aplicable anualmente o en relación al concreto período mensual de liquidación contemplado. Que en cuanto a las causas de vencimiento anticipado del préstamo, reguladas en la cláusula quinta de la escritura, hay que distinguir: Los de defectos: 1.º Los apartados a) y b), aparte de la dificultad práctica de su prueba suficiente y la imposibilidad de que pueda exigirse en juicio ejecutivo el vencimiento anticipado del plazo, al ser cuestión previa, conforme a los artículos 1.453-3.º, 1.467-2.º y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, resultaría además que dada la imprecisión y falta de objetividad de estas cláusulas, el contrato de préstamo quedaría en su cumplimiento al arbitrio exclusivo del Banco acreedor, y ello está prohibido por el artículo 1.256 del Código Civil y sancionado con nulidad de pleno derecho por el artículo 10 de la Ley de Defensa del Consumidor. Hay que aclarar que el contrato en su conjunto contemplado en la minuta es bastante complejo y el Registrador al calificar sus cláusulas ha de contemplar no sólo el conjunto, sino cada una en particular, para rechazar aquellas que carezcan de trascendencia real, que veta su inscripción; y 2.º El apartado c) contradice el régimen legal, al prescindir de la posibilidad de prueba en contrario y de necesaria intervención judicial, olvidando que conforme al artículo 219-2.º del Reglamento Hipotecario, el vencimiento anticipado del crédito no es la única medida legal que el Juez puede discrecionalmente adoptar y, por último, hay que tener en cuenta la afirmación expresada en el considerando octavo de la Resolución de 4 de julio de 1984. La remisión que el escrito del recurso hace a la regulación especial del Mercado Hipotecario resulta incongruente por lo siguiente: 1.º Porque ni en ésta ni en otras cláusulas de la escritura se hace referencia a tal regulación. 2.º Que el artículo 5.º, párrafo tercero, de la Ley de Regulación del Mercado Hipotecario, de 25 de marzo de 1981, reconoce la facultad del acreedor de exigir hipoteca de ampliación, a la vez que la facultad de optar del deudor, en el mismo supuesto, por la devolución total o meramente parcial del préstamo, pero de ningún modo dice que el Banco unilateralmente puede declarar el vencimiento anticipado del préstamo, y sobre este tema hay que remitirse a lo establecido en el Real Decreto 85/1982, de 17 de marzo, y las Ordenes complementarias de 14 y 22 de junio de 1982, 10 de enero de 1983 y 4 de octubre de 1985, entre otras, que desarrollan ampliamente los aspectos de tasación. 3.º En lo que respecta al apartado e) desde el punto de vista estrictamente hipotecario, adolece de imprecisión al hablar genéricamente de «cargas» y que no hay que olvidar que la hipoteca no cierra el Registro. Además, desde el punto de vista civil, hay que tener en cuenta lo establecido en el artículo 1.129 del Código Civil: de todos modos la cuestión en este caso resulta superflua al tratarse de una hipoteca unilateral que el acreedor puede rechazar la aceptación en caso de disconformidad con la situación de cargas de la finca. Y 5.º Respecto al apartado f), el principio de libertad de calificación está reconocido por el artículo 18 de la Ley Hipotecaria; además, la hipoteca no nace hasta que se inscribe, y mientras tanto todo lo que ocurra respecto al contrato de préstamo es ajeno al Registrador, y en cuanto al apartado g) la prohibición de disponer estipulada es contraria al principio de libre disponibilidad y libertad de contratación conforme al artículo 27 de la Ley Hipotecaria y a la reiterada doctrina de la Dirección General, establecida, entre otras, en las Resoluciones de 25 de noviembre de 1935, 16 de junio de 1936,

4 de noviembre de 1968. Que en lo referente al defecto quinto de la nota, la cláusula séptima de la escritura, en cuanto establece una indemnización del 3 por 100 a favor del acreedor en caso de reembolso anticipado, ofrece serios reparos por las razones siguientes: 1.ª Parece desnaturalizado el carácter unilateral del contrato de préstamo. 2.ª Asimismo se produce una desnaturalización del concepto propio de la cláusula penal como obligación accesoria de garantía, pues en el presente caso sólo se concibe como pena cumulativa para el caso de cumplimiento anticipado de la obligación, y tal exigencia de pena no queda al arbitrio del acreedor según lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1.152-2.º del Código Civil, precepto que ha sido interpretado por la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en el sentido de que la mínima condición para la exigencia de la pena convencional es que el deudor esté constituido en mora, y el caso contemplado es precisamente el contrario; así, pues, una vez concedido el beneficio de reembolso anticipado, el principio del «favor delictoris» despliega sus naturales efectos y obliga a estimar el pacto del préstamo establecido en favor del deudor, no obstante lo dispuesto en el artículo 1.127 del Código Civil, y así lo declara la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1943. 3.ª Que a mayor abundamiento hay que volver a citar la Ley de Defensa al Consumidor. Y 4.ª Por último, en el terreno estrictamente hipotecario, tan peculiar indemnización queda fuera de la cobertura del derecho real de hipoteca y, por tanto, no afecta a tercero, que en el supuesto de ser requerido de pago, únicamente deberá pagar lo establecido expresamente en el artículo 126 de la Ley Hipotecaria; así, pues, tal cláusula no tiene trascendencia real, e incluso en el campo de las relaciones «inter partes» su trascendencia es nula. Que en lo relativo al defecto sexto de la nota, referente a la cláusula octava de la escritura, que viene a ser un compendio de la indeterminación acusada en las cláusulas anteriores, a cuyos razonamientos expuestos anteriormente hay que remitirse, con las apostillas siguientes: A) Al señalarse en dicha cláusula la responsabilidad por intereses, sin otra precisión, se involucran cuestiones muy distintas y que conducen a un resultado contradictorio, por las razones siguientes: 1.ª La cantidad citada se establece como resultado matemático, pero no como máximo predeterminado, lo que impide considerar fijado el máximo hipotecario, que es una exigencia lógica del principio de determinación. 2.ª Se habla de anualidades que no es congruente con los intereses moratorios. 3.ª Que no existe distinción entre interés del préstamo entre partes y respecto de tercero, ya que los intereses son únicos tanto para unas como para otras personas; lo único que sucede es que se garantizan aquellos con hipoteca y una vez fijados «ab initio» en la inscripción, conforme al artículo 12 de la Ley Hipotecaria, el tercero sólo responderá hasta el máximo fijado y siempre dentro del legal. Por otro lado, resulta inadmisiblemente englobar los intereses ordinarios y los moratorios en virtud de la doctrina de las Resoluciones de 14 de febrero y 15 de mayo de 1935 y 29 de octubre de 1984, y por aplicación del principio de especialidad. Y 4.ª En la hipótesis de suponer que el pacto referido se refiere a intereses moratorios, como el sistema establecido en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, hay que entender que en materia de fijación de responsabilidad no caben interpretaciones, aparte de que el Registrador ha de calificar la legalidad de las cláusulas, pero no interpretarlas a efectos de complementar su expresión equívoca. B) En cuanto a la responsabilidad hipotecaria por costas y gastos, la cláusula examinada engloba, aparte de los expresados, toda clase de anticipos y gastos de la más diversa clase, dándole una extensión desmesurada a tal concepto y con absoluta indeterminación de sus componentes. Contra las afirmaciones del recurrente, en este punto hay que advertir: 1.º Que el concepto de costas y gastos siempre se ha entendido en el mundo jurídico con relación a los gastos legales que las partes hacen y deben satisfacer con ocasión y dentro de un procedimiento judicial, así lo entiende la doctrina y confirma el artículo 126 de la Ley Hipotecaria. 2.º La tasación de costas viene regulada por normas de carácter procesal e imperativo: Artículos 421 y siguientes, 1.474 y 1.475 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 129, 151, 5.ª y 15, de la Ley Hipotecaria; y en esta materia la autonomía de la voluntad queda excluida como tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 31 de marzo de 1956. Y 3.º Puede añadirse desde el punto de vista hipotecario el tercero; solamente responde de las costas en los términos estrictamente legales, artículos 126 y 131, regla 5.ª, y concordantes de la Ley Hipotecaria, sin que tampoco tenga que esperar a la liquidación que, en su caso, proceda, por ser la cantidad total reclamada ilíquida, artículos 1.464, 1.465 y 1.467-2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que tales gastos complementarios y accesorios quedan fuera de la hipoteca. Que la cláusula novena de la escritura parece olvidar la existencia de los artículos 112 y 113 de la Ley Hipotecaria que son de «ius cogens». Que en lo referido al defecto octavo, que concierne a la cláusula décima de la escritura, hay que limitarse a lo referente al apartado b) de la citada cláusula, considerando: 1.º Que el pago de impuestos, arbitrios y

gastos es una simple obligación personal, absolutamente indeterminada en orden a su cuantía, por lo que es aplicable la doctrina expuesta en apartados anteriores. Y 2.º Que las preferencias a favor de la Hacienda pública vienen impuestas legalmente y no pueden arbitrarse por pacto. Que en cuanto a la cláusula undécima de la escritura, se afirma en defensa de la nota: 1.º Que desde el punto de vista civil, la «traditio» requiere el concurso de voluntades del «tradens» y «accipiens», por lo que el acta de toma de posesión unilateral no produce efecto alguno. 2.º En el terreno procesal y en lo que se refiere a la posesión y administración interina, conforme a los artículos 1.530, 1.521 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el artículo 131-6.ª de la Ley Hipotecaria y según la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de junio de 1935, la posesión ha de ser obtenida siempre por vía judicial, como confirma el último párrafo del citado artículo 131. Y 3.º Desde el punto de vista hipotecario y en virtud de lo establecido en el artículo 5.º de la Ley Hipotecaria, el acta a que se refiere la cláusula de referencia está al margen del Registro. Que en lo que concierne al defecto undécimo de la nota de calificación, hay que destacar que no obstante lo alegado por el recurrente, hay que estar a lo establecido por el artículo 1.320 del Código Civil, que está desarrollado por el artículo 91.1 del Reglamento Hipotecario, y la nuda propietaria constituye hipoteca sobre su derecho recaente sobre vivienda que legalmente por presunción «iuris tantum» es habitual, y todo ello sin los requisitos establecidos en los preceptos citados, sin que se puedan suplir por la simple manifestación de que existe una separación matrimonial «física y de hecho».

V

El Notario autorizante informó: que en la calificación registral subyacen dos problemas básicos que es necesario examinar que son: ante qué tipo de contrato nos encontramos y la extensión de la inscripción en relación a las obligaciones garantizadas. Que de la calificación e informe del señor Registrador se infiere que el contenido de la escritura calificada hace relación a un contrato de préstamo hipotecario de adhesión y al que se adhiere de forma unilateral la parte deudora hipotecante. Que se considera que el contrato es un préstamo que se perfeccionó fuera de la órbita del documento público, al ser de naturaleza real, y es de préstamo mercantil por ser comerciante uno de los otorgantes (art. 311 del Código de Comercio). Que la parte deudora unilateralmente lo ha elevado a público y asimismo ha prestado una garantía hipotecaria en favor de la Entidad acreedora. Que en cuanto a la extensión de la inscripción en relación a las obligaciones garantizadas está clara en la doctrina mantenida por la Dirección General de los Registros y del Notariado en la Resolución de 4 de julio de 1984, en los artículos 9.º, 2.º, de la Ley Hipotecaria; 51-6.ª de su Reglamento y artículo 1.255 del Código Civil; de dichos preceptos se infiere lo que se debe expresar literalmente en la inscripción y lo que no puede tener acceso al Registro. Que en cuanto al primero de los defectos se considera que la cláusula a que se refiere es inscribible en virtud de lo establecido en los artículos 12, 104, 114 y 146, de la Ley Hipotecaria, y precisamente en las Resoluciones de 26 y 31 de octubre de 1984 se rechaza la inscripción de la cláusula constitutiva de la hipoteca por no establecerse los límites de cobertura de intereses respecto a terceros, que es para quien solamente los establece la Ley Hipotecaria. Que en lo referente al segundo defecto hay que aclarar que la auténtica cuestión estriba en la naturaleza del Impuesto de Tráfico de Empresas y si la cobertura hipotecaria, en cuanto a los intereses, alcanza también a los impuestos que necesariamente le son repercutidos al deudor y respecto a los que él es sujeto pasivo económico, pero no jurídico, considerando que la solución es la positiva, con dudas conceptuales, y siempre con la advertencia de que la finca responderá frente a terceros por el máximo pactado (con los límites legales), incluyendo dentro de este máximo los intereses y sus impuestos correspondientes, y en segundo lugar, en cuanto al convenio de imputación de pagos, que se contiene en la misma cláusula tercera de la escritura calificada, se estima que dicho pacto tiene validez civil y debe tener acceso al Registro por tener trascendencia real y en caso de incumplimiento es importante desde el punto de vista hipotecario el que una entrega se impute a principal, intereses o costas. Que en cuanto al tercer defecto de la calificación registral hay que considerar que el segundo párrafo de la cláusula cuarta no se puede considerar un caso de anatocismo, y así lo considera la doctrina registral, estando dicho pacto permitido por el artículo 317 del Código de Comercio y no se considera aplicable a este caso el artículo 115 de la Ley Hipotecaria; por tanto, hay que remitirse a lo expuesto a propósito del defecto segundo de la nota de calificación. Por último, en la escritura no se especifica si el interés de demora del 18 por 100 lo es anualmente o en otros periodos de tiempo, es una omisión que constituye un defecto subsanable. Que en lo referente al cuarto defecto de la calificación registral de la

cláusula quinta de la escritura se acepta el criterio del funcionario calificador en las causas de vencimiento anticipado señaladas con las letras b), d), f) y g) y que lo consignado en la letra d), aparece resuelto por la Resolución de la Dirección General de 27 de enero de 1986, y que en cuanto a la causa señalada en la letra a) la misma goza de una gran generalidad, pero su aceptación o rechazo no reviste gran importancia porque se trata de una causa de vencimiento que podríamos llamar con impropiedad resumen de las demás ya consignadas expresamente; en cuanto a la causa recogida bajo la letra c) está implícitamente admitida en la Resolución de 4 de julio de 1984, y no se da el supuesto del artículo 117 de la Ley Hipotecaria, estamos ante un pacto válido al amparo del artículo 1.255 del Código Civil; por ello se contempla la disminución del valor «por cualquier circunstancia», es decir, que incluye el caso fortuito, y el quid de la cuestión reside en la objetividad de la determinación de la disminución del valor, y, por último, en lo que respecta a la causa de vencimiento anticipado establecido bajo la letra e) si hubiese estado redactada en términos más concisos o referidos a cargas registrales preferentes a la hipoteca constituida se estima válida e inscribible en tanto que lo que se hace es elevar a la categoría de condición resolutoria del préstamo, la modificación de las circunstancias de cargas tenidas en cuenta al contratar. Que en lo referente al quinto defecto de la calificación registral se está de acuerdo con las alegaciones de la Entidad recurrente en lo referido a este punto. Que en lo concerniente al sexto defecto de la calificación se opta por la solución de englobar en un solo concepto los intereses ordinarios y los de demora y en su favor aboga el hecho de que en los artículos 12 y 114 de la Ley Hipotecaria, entre otros, se habla de intereses, sin distinción, y de otro lado también es de considerar que aunque unos y otros tienen distinta base de cálculo y unos son periódicos y otros no lo son, en ambos casos se trata de rendimientos de un capital, y por otro lado, la cláusula octava es válida en cuanto a la manera de expresar la fijación de los límites de responsabilidad de la finca por razón de la hipoteca en lo que a intereses se refiere, se responde de intereses de tres años y así no se supera la limitación del artículo 114 de la Ley Hipotecaria, y como se trata de un préstamo a interés variable se fija un tope de tipo de intereses en perjuicio de ese tercer posible adquirente de la finca hipotecada, según Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 y 31 de octubre de 1984, y además en dicha cláusula se indica que la suma de esos intereses de tres años al tipo del 18 por 100 supone una cantidad que en ningún caso es superior a cinco años de interés al tipo inicial, dándose cumplimiento a lo establecido en el artículo 220 del Reglamento Hipotecario; por último, en la cantidad indicada para costas y gastos se pretenden incluir como garantizadas una serie de prestaciones accesorias y hay que preguntarse si es contraria dicha inclusión al principio de especialidad, las Resoluciones de 14 de febrero y 15 de marzo de 1935 rechazan el criterio afirmativo, en lo que se refiere a los intereses de demora, como quedó visto, pero no los supuestos que en la cláusula octava se enumeran, y se considera que la esencia de la cuestión está en la posible imprecisión de la enumeración que en este caso se da. Que en lo referente al séptimo defecto de la calificación se considera que la cláusula en cuestión no es antijurídica por oponerse a la Ley de 21 de julio de 1960 porque quien construye es el titular de la finca y para ello tendrá que tener en cuenta necesariamente los predicados de esa Ley; la escritura se limita a decir que realizada la construcción a ella se extenderá la hipoteca y siempre será de aplicación lo establecido en el artículo 112 de la Ley Hipotecaria. Que en lo que afecta al octavo defecto de la calificación registral hay que considerar que en la cláusula décima, apartado b) de la escritura, estamos en presencia de una obligación legal que no se pretende alterar, sino que se trata de elevar el no cumplimiento de la misma a la categoría de condición resolutoria del crédito con las consecuencias, en orden al ejercicio de la acción hipotecaria, que ello traería consigo; la doctrina registral, lo admite como un pacto frecuente en las hipotecas. Que en lo referente al noveno defecto de la calificación registral en la cláusula undécima de la citada escritura no se dice que se obtendrá «ipso iure» la administración y posesión interina de la finca hipotecada, como dice el señor Registrador en su informe, y el rechazo de la cláusula no tiene su base en razón de su ilegalidad, sino tan sólo en el hecho de que el simple hecho de poseer queda al margen del Registro (art. 5 de la Ley Hipotecaria). Que en lo concerniente al defecto undécimo de la calificación registral se rechaza el criterio del Registrador porque jurídicamente resulta imposible que la finca de que se trata pueda constituir vivienda habitual de quien constituye hipoteca sobre la nuda propiedad de que es titular porque precisamente la titular de este último derecho real entre sus facultades no ostenta el uso y disfrute de la finca, facultad que según el artículo 467 del Código Civil corresponde al usufructuario y si el titular de la nuda propiedad de algún modo de hecho ocupa la vivienda necesariamente tiene que ser por mera tolerancia del titular del derecho de usufructo; en definitiva se entiende que el ámbito del artículo 1.320 del Código Civil no puede extenderse a situaciones de hecho.

VI

El Presidente de la Audiencia Territorial de Oviedo confirmó la nota del Registrador, considerando que es ajustado a derecho el defecto sexto, adecuadamente señalado como insubsanable en la citada nota, por afectar esencialmente a la hipoteca que se pretende constituir, lo que imposibilita su inscripción al quedar indeterminada la responsabilidad hipotecaria, lo que implica la desestimación del recurso en cuanto se pretende con el mismo que se ordene inscribir la escritura de constitución de hipoteca unilateral, todo ello con abstracción de los demás motivos planteados en aquél, que no es preciso considerar en cuanto no son supuestos necesarios de la definitiva denegación de inscripción.

VII

El Procurador de los Tribunales recurrente apeló el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones y añadió: Que no se ha pedido informe al Notario autorizante de la escritura no recurrente, infringiéndose el artículo 115 del Reglamento Hipotecario. Que el auto presidencial infringe el artículo 118 del Reglamento Hipotecario, puesto que no se ha entrado a conocer todos los defectos que se han rebatido en el recurso interpuesto. Que las Entidades financieras, los señores Registradores y los señores Notarios, principalmente a partir de la Ley de 25 de marzo de 1981, de Regulación del Mercado Hipotecario, están en permanente contacto para aclarar las cláusulas que puedan parecer dudosas de los «préstamos hipotecarios con interés variable», por ser una materia que, al no estar toda ella específicamente regulada, ha de acudirse al título preliminar y al libro IV del Código Civil, al artículo 2.º del Código de Comercio y a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que tiene admitido este tipo de préstamo desde hace tiempo, entre otras, en la Resolución de 12 de septiembre de 1972. Que la nota del Registrador es confusa y no se atiene a lo establecido en la vigente legislación hipotecaria, calificando de los 10 defectos, cuatro como insubsanables, no calificando los demás e introduciendo una categoría especial que califica de «carácter esencial» cuando las faltas de los documentos presentados en el Registro sólo pueden ser subsanables o insubsanables, según impida o no su inscripción. Que dicho funcionario confunde, tanto en la nota como en su informe, el préstamo con la hipoteca. Que el apartado a) es una cláusula normal en toda la contratación, y el apartado b) es una cláusula normal y válida en los préstamos bancarios. Que en lo que concierne al defecto quinto hay que tener en cuenta que el plazo es un elemento esencial en las operaciones bancarias y el deudor cumple con pagar en el plazo convenido y en las condiciones estipuladas, y en caso contrario incumple, y ante este incumplimiento es válida la indeterminación pactada a favor del acreedor. Que la cláusula octava es prácticamente idéntica a la que declaró inscribible la Dirección General de los Registros y del Notariado por Resolución de 12 de septiembre de 1972. Que respecto al defecto undécimo no existe presunción alguna para considerar la vivienda hipotecada por la nuda propietaria como vivienda familiar habitual.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 69, 1.129-3.º, 1.255 y 1.320 del Código Civil; 9, 12, 110, 112 y 114 de la Ley Hipotecaria; 6 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria; 5.º III de la Ley del Mercado Hipotecario, y la Resolución de 29 de octubre de 1984.

1. Conformado el recurrente con los defectos alegados por el Registrador en la cláusula 5.ª, letras b, d, f y g (defecto 4 en parte); 10, letras a y c (defecto 8 en parte) y 12 y 15 (defecto 10); careciendo de trascendencia real y, por tanto, debiendo quedar al margen de los términos de este recurso las previsiones contenidas en las cláusulas 3.ª (defecto 2.º) (el Impuesto de Tráfico de Empresas, como obligación personal del prestamista no queda cubierto, como se verá, con la garantía hipotecaria tal como ha sido estipulada y el pacto entre prestamista y prestatario en relación con el orden de imputación de los pagos efectuados por el deudor en nada afecta a la operatividad del mecanismo hipotecario articulado y 6.ª (defecto 5.º) (la indemnización estipulada para el caso del reembolso anticipado es evidente, sin prejuzgar su valor civil, que se desenvolverá en el ámbito extrahipotecario); deberá concretarse este expediente a las cuestiones que se concretan seguidamente.

2. En cuanto al defecto primero (cláusula 2.ª de la escritura) debe tenerse en cuenta que la cláusula 2.ª —de la que se predica aquí— se desenvuelve en la esfera puramente personal de configuración del crédito y que, por tanto, dentro del respeto a las prescripciones de la legislación represiva de la usura, no tiene por qué circunscribirse los intereses a un límite máximo (cfr. artículo 1.255 del Código Civil). Solo en cuanto al crédito concedido y la obligación accesorial de intereses sean garantizados hipotecaria-

mente, el principio de especialidad y la trascendencia «erga omnes» del gravamen establecido impondrá la fijación de topes de reponsabilidad, pero aún así, éstos sólo podrán predicarse respecto de la afectación real, pero nunca respecto de la responsabilidad personal que incumbe al deudor.

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

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

2.ª cuestión: Relacionando la cláusula 4.ª de la escritura con la 8.ª resulta que en el concepto intereses se ha querido englobar —a efectos de extensión de la garantía hipotecaria— tanto los intereses convenidos en retribución del préstamo (intereses remuneratorios) como los intereses producidos por no cumplirse a su tiempo la obligación de devolver la cantidad prestada (intereses moratorios). El Registrador se opone a esta cifra global por exigir el principio de determinación. Y tiene también, en esto, razón, porque una y otra obligación por intereses tienen naturaleza y régimen distintos; los remuneratorios nacen del contrato mismo y vencen inexorablemente según vencen los plazos pactados; los moratorios, no derivan directamente del contrato, sino de la conducta (incumplimiento por mora) ulterior de una de las partes. Unos y otros van a tener, por consiguiente, distinto título para conseguir su efectividad hipotecaria. Como la hipoteca puede, en principio, garantizar todo tipo de obligaciones, cabrá también extender la hipoteca a esta otra obligación, que no deriva directamente del contrato de préstamo. Pero, por exigencia del principio de especialidad (cfr. arts. 9 y 12 de la Ley Hipotecaria) ni puede englobarse la cifra por intereses moratorio en la hipoteca por costas y gastos (como se dijo ya en la Resolución de 29 de octubre de 1984, ni puede englobarse, tampoco, en la cifra por intereses de préstamo; por el contrario, de quererse que también estos intereses resulten hipotecariamente garantizados deben precisarse separadamente, en cuanto a esta otra obligación futura garantizada, las circunstancias que la identificarán y la cifra máxima de responsabilidad. Si bien rige, para uno y otro tipo de intereses —que a estos solos efectos deben ser computados conjuntamente— el límite máximo imperativo de las cinco anualidades prescrito por el artículo 114 de la Ley Hipotecaria. Por lo demás, excluidos los intereses moratorios de la cobertura hipotecaria, ahora debatida, no procede examinar las otras cuestiones relacionadas con ellos a que se alude en el defecto 3.º de la nota recurrido.

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

deuda futura con las consiguientes precisiones relativas a cada deuda y al respectivo importe máximo garantizado.

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

Para enjuiciar esta cláusula debe tenerse presente el doble efecto del contrato en que se contiene: las relaciones obligatorias entre prestamista y prestatario y la constitución de un derecho real sobre una finca. En la configuración de los derechos de obligación predomina el principio de autonomía de la voluntad y son excepcionales los límites que impone el orden público. En la configuración de los derechos reales predominan, en cambio, los criterios de orden público, sin negar totalmente el juego de la autonomía de la voluntad; ello es consecuencia de la propia naturaleza del dominio y de los derechos reales, pues tienen trascendencia «erga omnes» y afectan directamente al estatuto jurídico del aprovechamiento y circulación de los bienes y, por tanto, a la economía de la Nación. Por eso la flexibilidad de la configuración de una obligación debe ceder ante las exigencias del orden público, en cuanto al contenido y alcance de esa misma obligación vengan a determinar, como ocurre en el caso, el contenido y alcance de un derecho real (en esta hipótesis, el de hipoteca). A salvo las peculiaridades de la hipoteca de seguridad o de máximo, no caben, a efectos hipotecarios, los pactos que, en contradicción con el principio de determinación, dejen los contornos del derecho real —el que, como tal, debe ser respetado por cualquiera que devenga propietario de la finca— al arbitrio de una persona (sea el acreedor, sea el deudor, sea un tercero). No cabe el pacto por el que se haga depender el vencimiento de la obligación del arbitrio del deudor, con el consiguiente perjuicio del tercer poseedor, ni cabe tampoco que se haga depender el vencimiento de cualquier tipo de comportamiento del deudor distinto del incumplimiento mismo de la obligación específicamente garantizada, pues de la única conducta del deudor de que ha de responder la finca hipotecada es del cumplimiento a su tiempo de la obligación directamente garantizada con la hipoteca.

Una cláusula como la rechazada por el Registrador involucraría en la obligación garantizada otras múltiples obligaciones con injustificado detrimento del claro perfil que el orden público y la economía exigen a los derechos reales.

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

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

quede, «ab initio», pendiente del arbitrio de una persona privada cuyos intereses sobre el bien concreto, en el futuro, son impredecibles.

7. En cuanto al apartado e) de la cláusula 5.^a (defecto 4.^o) y el b) de la cláusula 10.^a (defecto 8.^o) que, por su generalidad no pueden tampoco pasar al Registro, habría sido admisible de haberse limitado a establecer el vencimiento automático de la obligación garantizada, si aparecieran sobre la finca cargas no consignadas en esta escritura o si no fueren pagados a tiempo aquellos tributos y gastos que tengan preferencia legal de cobro sobre el mismo acreedor hipotecario, o si se trata del impago de obligaciones que siguen a la cosa y que como en la del seguro, determinan detrimento potencial del bien, pues para todo ello existe el apoyo de la previsión legal contenida en el artículo 1.129-3.^o del Código Civil, al ser indudable el eventual quebranto de la garantía establecida.

8. El defecto 7.^o (en relación con la cláusula 9.^a) plantea si puede inscribirse esta cláusula: «Se pacta de forma expresa que la hipoteca se extiende a las nuevas construcciones existentes en la finca hipotecada, aunque no se haya hecho inscripción de obra nueva, así como también se extenderá dicha hipoteca a las edificaciones que en el futuro pudieren construirse sobre dicha finca.» Probablemente la cláusula se acogió por inercia, al ser redactado el contrato —como es tan frecuente en los contratos de adhesión— con arreglo a un formulario; pues no hay gran interés en tal cláusula en el presente caso en que el bien hipotecado es un piso en régimen de propiedad horizontal. Ahora bien, el interés, aunque más o menos remoto, no deja de existir, particularmente en la hipótesis posible de transformación de la propiedad del piso en un derecho de cuota sobre el edificio entero, o sobre el solar, al sobrevenir la extinción del régimen de propiedad horizontal.

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

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

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

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

10. El último de los defectos de la nota recurrida plantea la cuestión de si el cónyuge nudo propietario del piso en el que su familia tiene la residencia habitual —según resulta de los datos del estado civil y domicilio de la compareciente en relación con el artículo 69 del Código Civil—, precisará o no el consentimiento de su consorte para hipotecar ese derecho, habida cuenta de que no es la nuda propiedad, sino la específica relación jurídica entablada con el usufructuario la que le habilita para el goce y disfrute de aquél; aun cuando de la literalidad del artículo 1.320 del Código Civil parece desprenderse la respuesta afirmativa, la finalidad práctica de esta norma, cuales el impedir que los actos unilaterales de uno de los cónyuges puedan provocar el desalojo del hogar familiar, así

como su carácter excepcional para el caso de que los derechos pertinentes correspondan privativamente a uno de los esposos, imponen la respuesta negativa.

Esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso interpuesto en cuanto a los defectos 1.^o, 4.^o, 9.^o y 11, confirmando en lo demás el auto apelado y la nota del Registrador.

Lo que, con devolución del expediente original, comunico a V. E. para su conocimiento y efectos.

Madrid, 26 de octubre de 1987.—El Director general, Mariano Martín Rosado.

Excmo. Sr. Presidente de la Audiencia Territorial de Oviedo.

26114 RESOLUCION de 30 de octubre de 1987, de la Subsecretaría por la que se anuncia haber sido solicitada por doña Mercedes Sanz Tovar y Vallelado de Castro la sucesión en el título de Conde de Lizarraga.

Doña Mercedes Sanz Tovar y Vallelado de Castro, ha solicitado la sucesión en el título de Conde de Lizarraga, vacante por fallecimiento de su padre, don Gerardo Sanz Tovar y Martínez, lo que se anuncia por el plazo de treinta días, contados a partir de la publicación de este edicto, a los efectos del artículo 6.^o del Real Decreto de 27 de mayo de 1912, para que puedan solicitar lo que crean conveniente los que se consideren con derecho al referido título.

Madrid, 30 de octubre de 1987.—El Subsecretario, Liborio Hierro Sánchez-Pescador.

MINISTERIO DE DEFENSA

26115 ORDEN 413/38857/1987, de 19 de octubre, por la que se dispone el cumplimiento de la sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid dictada con fecha 23 de enero de 1987 en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don José Palacios Sánchez.

Excmos. Sres.: En el recurso contencioso-administrativo seguido en única instancia ante la Sección Cuarta de la Audiencia Territorial de Madrid, entre partes, de una, como demandante, don José Palacios Sánchez, quien postula por sí mismo, y de otra, como demandada, la Administración Pública, representada y defendida por el Abogado del Estado, contra Resolución dictada por el ilustrísimo señor Subsecretario de Defensa de 28 de noviembre de 1983, sobre importe de los gastos médico-hospitalarios, se ha dictado sentencia con fecha 23 de enero de 1987, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo número 1.334/1984, interpuesto por la Procuradora doña María Luisa Noya Otero, en nombre y representación de don José Palacios Sánchez, contra la Resolución de la Junta de Gobierno del Instituto Social de las Fuerzas Armadas de 28 de noviembre de 1983 y contra su confirmación en alzada y, en consecuencia, debemos declarar y declaramos su conformidad con el ordenamiento jurídico y su plena validez y eficacia. Sin costas. Esta resolución es firme y frente a la misma no cabe recurso ordinario alguno sin perjuicio de los extraordinarios de apelación y revisión en los casos y plazos previstos en los artículos 101 y 102 de la Ley de la Jurisdicción.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.»

En su virtud, de conformidad con lo establecido en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956 y en uso de las facultades que me confiere el artículo 3.^o de la Orden del Ministerio de Defensa número 54/1982, de 16 de marzo, dispongo que se cumpla en sus propios términos la expresada sentencia.

Dios guarde a VV. EE. muchos años.
Madrid, 19 de octubre de 1987.—P. D., el Director general de Personal, José Enrique Serrano Martínez.

Excmos. Sres. Subsecretario y General Director del Instituto Social de las Fuerzas Armadas.