

objeto de calificación en sentido estricto, como ha quedado expuesto, ni la licitud de aquél competa a la Registradora juzgar.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso en los términos que resultan de los precedentes fundamentos de derecho.

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, 10 de marzo de 2008.—La Directora General de los Registros y del Notariado, Pilar Blanco-Morales Limones.

5858

RESOLUCIÓN de 15 de marzo 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 de la registradora de la propiedad n.º 4, de Marbella, a inscribir una escritura de préstamo hipotecario.

En el recurso interpuesto por Don Javier Ortega de la Peña, en nombre y representación de la entidad Seniors Money (Spain) Finance Limited contra la negativa de la Registradora de la Propiedad n.º 4 de Marbella Doña Nieves Ozamiz Fortis, a inscribir una escritura de préstamo hipotecario.

Hechos

I

En escritura autorizada por el Notario de Marbella, Don Antonio Ruíz-Clavijo Laencina, con fecha veintinueve de febrero de dos mil siete, número 518 de protocolo, la mercantil de nacionalidad irlandesa Seniors Money Spain concedió un préstamo a D. Michael David Britten, con la garantía hipotecaria de una vivienda unifamiliar, sita en Marbella, perteneciente a la demarcación del Registro n.º 4 de esa ciudad.

II

Presentada la primera copia en el Registro de la Propiedad de Marbella n.º 4, fue calificada negativamente por la titular de dicho Registro Doña Nieves Ozamiz Fortis, con nota de calificación, de la que resultan los siguientes hechos: 1.—No resulta determinado el plazo de duración ni de la hipoteca, ni del préstamo garantizado por la misma. En la Cláusula Financiera 2.ª sobre «Reembolso», se indica que el importe del préstamo se reembolsará a) cuando se formalice la venta de la finca o b) cuando la entidad prestamista presente un requerimiento de pago por la deuda pendiente, añadiendo que «mientras el prestatario no haya incumplido la presente escritura» la entidad prestamista sólo podrá requerir el pago en una serie de casos: a) seis meses desde la muerte del último residente nombrado o b) que el último residente nombrado haya dejado de residir en la finca. Incluso se indica que se entiende por dejar de residir, mantenerse ausente seis meses, se tenga o no intención de regresar. En la Cláusula No Financiera 9.ª se reitera esta pretendida definición indirecta del plazo de duración; 2.—La Cláusula 2.ª, regula la imputación de pagos, fijando el siguiente orden: «a) intereses devengados, pero aún no cargados en la cuenta del préstamo; b) a comisiones y gastos a pagar, pero aún no cargados en la cuenta del préstamo; c) al importe debido por: intereses, comisiones y gastos devengados»; 3.—En relación a la fijación de intereses, pueden reseñarse los siguientes hechos: 3.1.—El penúltimo párrafo de la Cláusula 2.ª y el último párrafo de la Cláusula 8.ª, regulan la posibilidad de un «tipo de interés remuneratorio alternativo de penalización», el cual implica un tipo de penalización del 2% anual por encima del tipo de interés remuneratorio, previsto para el caso en que la deuda total haya vencido para reembolso y no se haga el pago de conformidad con los términos previstos en la escritura ó si se incurre en cualquier otra causa de incumplimiento, sin que dicho tipo de interés sea objeto de discriminación respecto de los intereses remuneratorios garantizados en la Cláusula de Constitución; 3.2.—La Cláusula 4.ª establece la posibilidad de un «Interés remuneratorio alternativo» que puede beneficiar a la parte prestataria en la medida en que ésta cumpla las manifestaciones y garantías establecidas en la Cláusula 14.ª quedando al unilateral arbitrio de la entidad acreedora la valoración de dicho cumplimiento; y seguidamente se atribuye a la entidad acreedora la facultad de modificar unilateralmente «los intervalos a los que se carga el interés»; 3.3.—La Cláusula 3.ª, en su párrafo 4.º acuerda la «capitalización del interés, las comisiones y los gastos»; 3.4.—La Cláusula 3.ª, en su párrafo 1.º establece un diferencial ascendente al 4% anual, que sumado al tipo de interés referencial «Euribor a tres

meses», permite calcular el tipo de interés variable aplicable lo que excede con claridad de un límite razonable, teniendo en cuenta las circunstancias en que se desenvuelve en la actualidad el mercado hipotecario: 4.—En relación a la Cláusula 11.ª de Constitución Hipotecaria, pueden reseñarse los siguientes puntos: 4.1.—La referida Cláusula introduce una nueva figura, a la que denomina «Inexistencia de Garantía Patrimonial» que se define en los siguientes Términos: «Si la cuantía del préstamo crece hasta superar el valor de la finca y el préstamo está siendo reembolsado una vez producida la venta de la finca, la responsabilidad del prestatario queda limitada a los netos obtenidos por la venta de la finca.», siempre y cuando el prestatario cumpla con los requisitos establecidos en el último párrafo del referido artículo, entre los que se encuentra la amplísima y absolutamente subjetiva condición de que «no se haya dado un supuesto de incumplimiento»; 4.2.—Los intereses remuneratorios garantizados hipotecariamente resultan indeterminados, lo que se observa analizando los siguientes incisos: En su primer párrafo la Cláusula 11.ª, garantiza «intereses (capitalizados según la cláusula tres anterior) hasta un máximo de nueve mil ciento treinta y siete euros», y en su penúltimo párrafo prevé la posibilidad de que como consecuencia de la capitalización referidas «la cuantía de préstamo crezca hasta superar el valor de la finca»; 4.3.—La Cláusula de Constitución no garantiza expresamente las Comisiones, los Gastos (salvo los relativos vinculados a la ejecución hipotecaria), y las Primas del Seguro previstas en la Cláusula 14.ª; 5.—En relación con la tasación de la finca hipotecada: 5.1.—La Cláusula 13.ª establece: «En caso de que el valor de mercado de la finca haya subido sustancialmente en el futuro, en un punto del tiempo que se determinará a discreción de Seniors Money Spain, el prestatario estará obligado, a petición del primero, a modificar la presente cláusula para introducir el valor actualizado». 5.2.—La misma Cláusula establece un procedimiento de retasación absolutamente parcial; 6.—En relación con la Cláusula 14.ª en que se regulan «Obligaciones del Prestatario. Manifestaciones y garantías del Prestatario», cuyo supuesto incumplimiento, recordemos que está previsto en la propia Cláusula de Constitución como condicionante de la no aplicación de la referida figura de «Inexistencia de Garantía Patrimonial», que pudiera derivar en la afectación del patrimonio de la parte hipotecante, más allá de la finca sobre la que se constituye la garantía: 6.1.—En los párrafos primero, segundo y tercero de la anterior cláusula, hacen referencia al compromiso de no alquilar la finca, de no constituir nuevas cargas o gravámenes, salvo con los requisitos previstos, y a la obligación de notificar cualquier posible acto de disposición; 6.2.—En el párrafo octavo, regula el procedimiento de retasación; 6.3.—En los párrafos decimoquinto y decimonoveno, regulan diversas obligaciones cuyo objetivo general es mantener la finca en un estado tal, que permita cubrir una responsabilidad que iría creciendo a lo largo del tiempo como consecuencia de la larguísima capitalización de intereses; 6.4.—En el párrafo undécimo, tras hacer referencia al procedimiento de retasación anteriormente referido, y para cubrir la posibilidad de que la parte prestataria no lo llevara a cabo en el plazo determinado discrecionalmente por la 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 cada año un cuestionario que Seniors Money Spain le remitirá acerca de sus circunstancias, seguros de vida y aquellos asuntos que Seniors Money Spain pueda necesitar.»; 7.—En relación con la Cláusula 15.ª en que se regulan los «Procedimientos judiciales»: 7.1.—Las partes acuerdan que la suma exigible en caso de ejecución, será la que resulte de la liquidación practicada unilateralmente por la entidad acreedora; 7.2.—Dicha liquidación no se ajusta a las cantidades adeudadas y garantizadas hipotecariamente, al incluirse conceptos muy variados, tales como «ampliaciones express», «gastos y comisiones», «intereses remuneratorios alternativos»; 8.—En relación con la Cláusula 18.ª en que se regulan posibles «Aclaraciones y correcciones: «El prestatario autoriza expresamente a Seniors Money Spain, incluso en caso de conflicto de intereses, a hacer cuantas aclaraciones y correcciones.». En el supuesto de no haber sido denegada la inscripción del documento, el mismo no hubiera resultado inscribible en lo que sigue: A) Las Estipulaciones carentes de trascendencia real, sin que la denegación implique prejuzgar su eficacia obligacional entre las partes contratantes. B) La Estipulación 8.ª relativa al vencimiento anticipado del préstamo hipotecario, en cuanto a lo que sigue: 1.—el primer párrafo del apartado c), el apartado g) en cuanto a las obligaciones que resultan excluidas por la nota al título, y los apartados h) y i); 2.—el apartado b), por no ser acorde a lo establecido en el artículo 117 de la Ley Hipotecaria, al establecer como única, una de las posibles consecuencias que para los casos a que se refiere, y por decisión judicial, determinada el artículo referido; 3.—los apartados d) y f); 4.—el apartado g). C) Y respecto a las supuestas referidos en el anterior apartado II.1, y dado que defendemos su calificación como supuestos de vencimiento anticipado, no resultan inscribibles según se argumenta jurídicamente en el siguiente apartado.—FUNDAMENTOS DE DERECHO.—A los anteriores hechos, son de aplicación los

siguientes: I.—Los documentos de todas clases, susceptibles de inscripción, se hallan sujetos a calificación por el registrador, quien, bajo su responsabilidad, ha de resolver acerca de la legalidad de sus formas extrínsecas, la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos contenidos en los mismos, de conformidad con lo establecido en los artículos 18 y 19 de la Ley Hipotecaria y 98 a 100 del Reglamento para su ejecución; II.—En relación a las circunstancias reseñadas en el Hecho II anterior, debe tenerse en consideración: 1.—La determinación de un plazo cierto de duración, y en consecuencia de una fecha de vencimiento, es imprescindible, ya que condiciona la propia ejecución hipotecaria, así como la prescripción de acciones, y en su caso la caducidad de la propia inscripción de hipoteca, todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 82 de la Ley Hipotecaria. Dicho artículo parece admitir la existencia de hipotecas en «las que no se hubiera pactado un plazo concreto de duración», lo que resulta una conclusión precipitada, ya que en las dos formas de cancelación por caducidad que recoge (la ordinaria y la especial o caducidad convenida por las partes), los plazos para la caducidad se contarán desde que la obligación garantizada «debió ser satisfecha en su totalidad según el Registro», lo que exige que el Registro publique el plazo máximo de cumplimiento de la obligación garantizada; La previsión contenida en la Cláusula Financiera 2.^a sobre posibilidad de exigir el reembolso por incumplimiento de cualquier obligación contenida en la escritura es inadmisibles, por su generalidad y por envolver pactos obligacionales que no pueden trascender a terceros, conforme a los artículos 9 y 51.6 del Reglamento Hipotecario; La circunstancia de estar siendo tramitado un proyecto de Ley de modificación del mercado hipotecario, en el que se contempla la figura conocida bajo el nombre de hipoteca inversa, no autoriza a aplicar desde ya criterios que a esta fecha no tienen respaldo legal, ni tampoco se tiene certeza alguna de que lleguen a tenerlo tras la tramitación parlamentaria del citado proyecto. La propuesta de regulación de la hipoteca inversa en este Proyecto de Ley revela, cuanto menos, que tal figura no es viable «lege data». 2.—En relación con lo referido en el anterior apartado II.2, no resulta admisible la imputación de pagos correspondientes a cantidades no cargadas y en consecuencia no liquidadas ni exigibles, y cuya determinación y orden, de conformidad con el artículo 1.172 del Código Civil, se considera una prerrogativa de la parte deudora que «podrá declarar: a cual de ellas debe aplicarse». 3.—En relación con lo referido en el anterior apartado II.3.: 3.1.—La fijación de un «tipo de interés remuneratorio alternativo de penalización», ascendente al 2% sobre el tipo de interés ordinario aplicable, que no es objeto de discriminación respecto de los intereses remuneratorios garantizados en la Cláusula de Constitución hipotecaria, se considera insubsanable, al ser contrario al principio de especialidad o determinación, según Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 23 y 26 de Octubre de 1.987. 3.2.—La aplicación de un «tipo de interés remuneratorio alternativo» que puede beneficiar a la parte prestataria en la medida en que cumpla las manifestaciones y garantías previstas en la Cláusula 14.^a, queda al exclusivo arbitrio de una de las partes; circunstancia que nuevamente se produce al otorgarse a la entidad acreedora la prerrogativa de «modificar los intervalos a los que se carga el interés», extremos ambos que se consideran defecto insubsanable, al resultar contrarios a lo establecido en el artículo 1.256 del Código Civil, en virtud del cual «La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes». 3.3.—El Anatocismo consistente en la acumulación de los intereses vencidos y no satisfechos al capital principal para que, a su vez, sigan produciendo intereses, se considera defecto insubsanable, por la posibilidad de que su aplicación incremente de forma imprevisible la cifra de responsabilidad hipotecaria por principal, más allá de lo convenido en la Cláusula de Constitución de la hipoteca, y ser ello contrario a las exigencias del principio de especialidad, según Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 20 de Mayo del año 1.987. 3.4.—Aún cuando en aplicación de la libertad de contratar reconocida en el artículo 1.255 del Código Civil, las partes puedan fijar unos intereses usurarios y leoninos, dado que uno de los límites a dicha libertad es la Ley, y de conformidad con la Ley de Represión de la Usura, cuyo ámbito puede extenderse, según la doctrina, a toda aquella operación en la que exista un crédito y a su vez haya una grave desproporción entre la prestación que debe realizar el acreedor y la contraprestación debida por el deudor; siempre y cuando ésta se encuentre conectada de una manera u otra al uso o disponibilidad del capital ajeno, de manera que como confirma la doctrina del Tribunal Supremo (S.T.S. de 7 de Mayo de 2002), puede considerarse como interés usurario, conforme al artículo 1 de la Ley de Represión de la Usura, el que resulte notablemente superior al normal del dinero o manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, e inciden en la figura del préstamo usurario, conforme al artículo 9, aquellos supuestos en que por la vía de la simulación se contraten operaciones que envuelvan un préstamo usurario. (S.T.S. de 21 de febrero de 2003). 4.—«En relación con lo referido en el anterior apartado II.4: 4.1.—La figura referida como «Inexistencia de Garantía Patrimonial», y su condicionamiento a cualquier posible incumplimiento por parte del prestatario se considera

defecto insubsanable, por ser contrario a las exigencias de principio de especialidad, y de conformidad con lo establecido en el artículo 1.256 del Código Civil, al quedar al arbitrio de una de las partes su efectiva aplicación. 4.2.—La capitalización de los intereses en la propia Cláusula de Constitución, seguida de la fijación de un máximo aplicable, impide discernir si se cumple o se incumple el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, y estaría dejando la puerta abierta a una duplicación de la garantía, lo que se considera en sí mismo defecto insubsanable, con independencia de lo ya referido en relación al anatocismo. 4.3.—Las referencias contenidas a lo largo del clausulado a Comisiones, Gastos (salvo los vinculados a la ejecución hipotecaria) y Primas de Seguro, no son inscribibles, por no estar garantizados hipotecariamente, sin que la denegación implique prejuzgar su eficacia obligacional entre las partes contratantes, de conformidad con los artículos 9 y 51.6 del Reglamento Hipotecario. 5.—En relación con lo referido en el anterior apartado II.5: 5.1.—El momento temporal, y en consecuencia la estimación de que el valor de la finca ha subido sustancialmente, a los efectos de iniciar un proceso de retasación, no puede quedar el arbitrio de una de las partes de conformidad con lo establecido en el artículo 1.256 del Código Civil. 5.2.—El procedimiento de retasación previsto en la Cláusula 13.^a adolece de defecto insubsanable, por resultar contrario al artículo 117 de la Ley Hipotecaria, en el que se exige objetividad e imparcialidad en tal procedimiento, aún en el caso de que el titular actúe con dolo culpa o negligencia, por lo que con mayor motivo resulta inadmisibles un procedimiento absolutamente discrecional cuando ni siquiera concurre culpa del titular hipotecante. 6.—En relación con lo referido en el anterior apartado II.6: 6.1.—Los apartados A, B y C, y los dos últimos apartados de la presente Cláusula, se consideran defecto insubsanable, de conformidad con el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, que niega el acceso al Registro de este tipo de prohibiciones de disponer. 6.2.—El apartado D, se considera defecto insubsanable, por ser contrario al artículo 117 de la Ley Hipotecaria, tal y como se indica en el apartado 5.2. anterior. 6.3.—Los apartados F y G, no son inscribibles, por carecer en sí mismos de trascendencia real, Artículos 9 y 51.6 del Reglamento Hipotecario, sin perjuicio de las implicaciones antes indicadas respecto de cualquier posible incumplimiento, que resultarían contrarias al principio de especialidad o determinación. 6.4.—El apoderamiento irrevocable previsto en el último párrafo del apartado D se considera ilegal según reiterada y consolidada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, admitiéndose únicamente en el caso de que exista causa justificada. En el caso que nos ocupa, dicho apoderamiento tiene como finalidad compeler a la sucesiva e indefinida ampliación de una deuda en perjuicio del poderdante, lo que es sin lugar a dudas una causa ilícita. 6.5.—Los dos últimos párrafos del apartado G, dada la generalidad de los términos que utiliza, se consideran defecto insubsanable, por la posibilidad de que se opongan a lo establecido en los artículos 7 y 8 de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal 15/1999 de 13 de Diciembre. 7.—En relación con lo referido en el anterior apartado II.7: 7.1.—Dado que la hipoteca que nos ocupa debe tener la consideración de hipoteca de máximo y un funcionamiento similar al de las cuentas de crédito, la determinación de la suma exigible en caso de ejecución, debería respetar las exigencias del artículo 153 de la Ley Hipotecaria, y no quedar al arbitrio de la entidad acreedora, debiendo concederse a la parte prestataria, dentro del procedimiento que se recoge en la Cláusula 15.^a, la posibilidad de alegar error o falsedad conforme a dicho precepto. 7.2.—Dicha liquidación no se ajusta a las cantidades adeudadas y garantizadas hipotecariamente, al incluirse conceptos muy variados, tales como «ampliaciones express», «gastos y comisiones», «intereses remuneratorios alternativos», lo que nuevamente sería contrario al principio de especialidad y determinación. 8.—En relación con lo referido en el anterior apartado II.8: El apoderamiento previsto, aún en caso de conflicto de intereses, se considera defecto insubsanable, de conformidad con lo previsto en el artículo 1.256 del Código Civil, al quedar la validez y el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes 9.—En relación con el completo contenido de la escritura: Dados los términos oscuros, discrecionales y genéricamente favorables a la parte prestamista, utilizados en el contrato que se pretende inscribir, se estima que el conjunto de la operación resulta contrario a las mínimas exigencias de claridad y de no abuso de una posición dominante, dimanantes de la Ley 26/1984 General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, conforme al apartado 1 de su artículo 10 bis y a su Disposición Adicional Primera, cuya incidencia puede ocasionar, ya su no incorporación, ya su completa nulidad, conforme a los artículos 7 y 8 de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación. En relación a las cláusulas que en el supuesto de no haber sido denegada la inscripción del documento, no hubieran resultado inscribibles, debe tenerse en consideración lo que sigue: A) Las Estipulaciones referidas en el anterior apartado A), no resultan inscribibles, de conformidad con lo establecido en los Artículos 9 y 51.6 del Reglamento Hipotecario. B) La Estipulación relativa al vencimiento anticipado, referida en anterior apartado B), no resulta inscribible, en cuanto a lo que sigue: 1.—el primer párrafo del apartado c), el apartado g) en cuanto a las obligaciones que resultan excluidas por la presente nota de calificación, y

los apartados h) y i), por ser contrarios, dada la generalidad de los términos que se emplean, al principio de especialidad o determinación, según Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 23 y 26 de Octubre de 1.987 en cuanto a las obligaciones que no han de trascender a terceros; 2.-el apartado b), por no ser acorde a lo establecido en el artículo 117 de la Ley Hipotecaria; 3.-los apartados d) y f), por resultar obvio una vez practicada la inscripción; 4.-el apartado g), por gozar de mayor publicidad las causas a que se refiere, a través de la Ley, que la que puede proporcionar su inscripción, conforme al artículo 26 de la Ley Hipotecaria; 4.-el segundo párrafo del apartado e) por la posibilidad de que conculque un régimen de derecho necesario como es el establecido en las leyes para los casos a que se refiere, tratándose de causas ajenas a las vicisitudes de la propia hipoteca, según Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 23 y 26 de Octubre de 1.987, 5 de Junio de 1.987. C) Y respecto a los supuestos referidos en el anterior apartado II.1.-Muerte de prestatario: No resulta inscribible de conformidad con lo establecido en el artículo 1112 del Código Civil, que garantiza la «transmisibilidad de los derechos y las obligaciones», y suponer esta causa de vencimiento anticipado una restricción a la libertad de tráfico, al impedir que los herederos del prestatario puedan subrogarse en la deuda y continuar pagándola durante el plazo ordinario que falte, una vez que quedara determinado el mismo.-Dejar de residir seis meses, o incluso ausentarse de la finca por dicho plazo: No resulta inscribible, dado que igualmente supone una restricción al tráfico jurídico, y ello de conformidad con lo establecido en el artículo 104 LH, puesto que no tendría sentido un vencimiento anticipado sin incumplimiento de la obligación, entendiéndose que pese a no estar ocupada la finca, la garantía real persiste vinculada a la obligación garantizada; y de conformidad con lo establecido en el artículo 5 LH, en que se establece la no inscripción de las situaciones posesorias, tales como la ocupación o no ocupación de la finca hipotecada.-Venta de la finca hipotecada: No resulta inscribible, de conformidad con lo establecido en el artículo 27 LH, en que niega el acceso al Registro, de las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos o contratos no comprendidos en el apartado anterior:

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

III

Solicitada la calificación por Registrador sustituto, correspondió realizarla al Registrador de Campillos (Málaga), quien confirmó la nota de calificación del Registrador sustituido.

IV

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 inadmisibilidad de los supuestos de vencimiento anticipado del préstamo. La Registradora sostiene que no resulta determinado el plazo de duración ni de la hipoteca, ni del préstamo garantizado por la misma, rechazando la inscripción de la cláusula segunda de la escritura con su previsión de los tres supuestos de vencimiento del préstamo hipotecario. Sostiene el recurrente, 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) «aquel 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 (artículo 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 (artículos 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 diversa ocasiones como supuestos inscribibles de vencimiento anticipado, hechos sobre cuya producción ninguna información puede proporcionar ni proporcionar 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. 1120Cc) como si fuera una obligación pura, su plazo de vencimiento sería inmediato. Por lo demás no entiende el recurrente que los preceptos invocados por la Registradora (artículos 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 actitud para ser garantizadas con hipoteca; 2.Sobre la pretendida inadmisibilidad de la cláusula financiera 2.^a Frente a la tesis de la Registradora 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 1173Cc 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; 3. Sobre la fijación de intereses, el recurrente entiende que con la cobertura «hasta un máximo de» per-

mite que la hipoteca, en cuanto intereses, únicamente garantice los efectivamente devengados hasta ese límite, por lo que no se acierta a ver qué precepto del ordenamiento jurídico puede contravenir esa cláusula; Por lo que al tipo alternativo bonificado se refiere, no entiende como a la Registradora puede parecerle abusivo el (generoso) ofrecimiento por el prestamista de un tipo alternativo, que en cualquier caso es bonificado, aún cuando corresponda al prestamista verificar si el prestatario ha cumplido los requisitos para beneficiarse de esa reducción, por cuanto de seguirse ese argumento, se llegaría al absurdo de considerar también ilícitas las bonificaciones concedidas por las compañías aseguradoras en casos de buena conducción; Por lo que se refiere al pacto de capitalización de intereses, comisiones y gastos, la primera está prevista por los artículos 317 del Código de Comercio, en tanto que para restantes partidas, ninguna disposición del ordenamiento prohíbe su capitalización. Además 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 (a resulta de la progresiva capitalización de intereses), pero sin embargo en la escritura ahora calificada se distingue claramente en su cláusula undécima entre responsabilidad por principal y responsabilidad por una cifra máxima de intereses, lo cual es plenamente conforme con la Ley y la doctrina de la DGRN; Acerca de los intereses considerados por la Registradora como tipos abusivos o usurarios, el recurrente enumera una serie de sentencias del Tribunal Supremo que ponen de manifiesto que para que el tipo de interés pueda considerarse abusivo, tienen que ser incomparablemente más altos que la cifra actualmente resultante de la suma contemplada en la escritura, que ascendería aproximadamente a un 7,40%; 4. Sobre la cláusula de constitución hipotecaria: con relación a la estipulación por la que el prestamista concede al prestatario el que cuando la cuantía del préstamo (principal incrementado por los intereses devengados y capitalizados) supere el valor de tasación de la finca, la responsabilidad del prestatario quede limitada, a los netos obtenidos por la venta de la finca, siempre que el prestatario no haya incurrido en ningún supuesto de incumplimiento, no puede implicar dejar su aplicación al arbitrio de una de las partes, por cuanto, los supuestos de incumplimiento están netamente perfilados en la estipulación ocho de la escritura, además de ser un acto de liberalidad del prestamista, que supone una renuncia por su parte a la aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal, la cual es perfectamente lícita y amparada por el artículo 140 de la Ley Hipotecaria; Por lo demás, resulta sorprendente la afirmación de la nota acerca de la indeterminación de los intereses remuneratorios garantizados con la hipoteca, por cuanto se determina un máximo en la estipulación once, y aunque de hecho los intereses devengados y capitalizados puedan superar con creces esa cifra, hay que contar con la libertad del prestamista de conformarse con que quede un posible remanente de intereses no garantizado por la hipoteca. Finalmente el que el prestamista no haya querido prever que la hipoteca de también cobertura a comisiones y primas de seguro, entra dentro de su derecho y libertad para elegir qué obligaciones quiere garantizar con ella; 5. 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, porque el contrato es aleatorio en una determinada dimensión, por cuanto más viva el prestatario, tantos más intereses se capitalizarán y tanto mayor será la deuda, pero es que además cuanto más se incrementa el valor de tasación, tanto más plausible será que la ejecución hipotecaria pueda dar lugar a sobrante que correspondería al prestatario o a sus herederos, cumpliendo además con el hecho de que siendo siempre el valor de tasación, el de mercado, evita que el prestamista pueda sufrir una pérdida mayor, teniendo en cuenta la condonación parcial de deuda más arriba referida; Finalmente no puede considerarse parcial que ofreciéndose al prestatario la posibilidad de realizar la nueva tasación cuando se lo indique el prestamista, 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, porque el Tribunal Supremo ha aceptado esos apoderamientos irrevocables en diversas sentencias y porque 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 artículo 1129.3 Ce, sin que sea aplicable como indica la Registradora el artículo 117 LH que se refiere a un supuesto totalmente distinto; 6.-En relación con la estipulación 14.^a «Obligaciones del Prestatario. Manifestaciones y Garantías».-Con independencia de que la gran mayoría de las objeciones hechas por la Registradora de Marbella 4 a las previsiones de esta estipulación conciernen a pactos que, en cualquier caso, no son inscribibles. Por lo demás el gravar o alquilar la finca, supondrían nuevos gravámenes que harían perder valor a la finca, además de que la DGRN ha estimado en varias ocasiones su inscribibilidad como supuesto de vencimiento anticipado. En cuanto a la prohibición de alquilar, se explica por lo señalado más arriba: el prestamista se aviene a pos-

poner el vencimiento del préstamo hasta el momento en que el prestatario deje de utilizar «definitivamente» su vivienda, lo que obviamente sucedería si la alquilase. 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 artículo 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; 7.-Sobre la Cláusula 15 «Procedimientos judiciales»: La posibilidad de alegar falsedad o error, conforme al artículo 153.5 párrafo LH, fue derogada tácitamente., conforme a la previsión del artículo 2.2 CC, por el artículo 572.2 LEC, que es de aplicación a cualquier procedimiento de ejecución de hipotecas (la ratio legis del referido precepto de la nueva LEC, del año 2000, no se compadece con la del artículo 153 LH -del año 1946-en sus aspectos procesales, luego ha sido tácitamente derogada); sorprende el comentario de la nota de calificación sobre el procedimiento establecido en la estipulación 15.^a para describir el cálculo del saldo final, pues toma en consideración todas las vicisitudes por las que puede pasar este préstamo, posibles pagos adelantados hechos por el prestatario, comisiones, etc. Que en la cláusula sobre responsabilidad hipotecaria se fijen determinadas cifras máximas de responsabilidad por principal, intereses, costas y gastos, es perfectamente compatible con el referido mecanismo de cálculo de la deuda acreditable por certificación unilateralmente emitida; cosa completamente distinta (como ya se ha destacado más arriba) es que la responsabilidad hipotecaria pactada bien pudiera no dar completa cobertura a toda la deuda, pero eso, es la libre decisión del prestamista; 8. Habida cuenta de que una importante parte del presente recurso reviste identidad sustancial con otros interpuestos ante esa Dirección General por el mismo recurrente y esta misma representación, solicita su tramitación acumulada junto con el presente, al amparo de lo dispuesto por el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El recurrente termina su recurso solicitando se revoque la nota de la Registradora de la Propiedad y se ordene la inscripción de la escritura calificada.

V

La Registradora emitió su preceptivo informe y remitió el expediente para su resolución a este Centro Directivo.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 348, 647, 1172, 1255, 1256, 1753, 1857 y 1911 del Código Civil, el art. 317 del Código de Comercio, el Preámbulo, el art. 2 apartado 3, el art. 11 y la Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007 de 7 de diciembre (BOE de 8 de diciembre), los arts. 2, 11, 12, 23, 37, 82, 104, 142, 153 y 326 de la Ley Hipotecaria, los arts. 7, 9, 51 y 220 del Reglamento Hipotecario, los arts. 682, 686 y 692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el art. 1 de la Ley de 23 de julio de 1908 de Represión de la Usura, la ley 26/1984 de 19 de julio de Defensa de Consumidores y Usuarios, el art. 73 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, art. 29.1 del Real Decreto 685/1998 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 febrero, 7 de junio y 9 de julio de 2001, 26 de enero de 2004, 2 de septiembre de 2005, 19 de abril de 2006, 21 de diciembre de 2007 (1.^a) y (2.^a), 14 de enero y 1 y 8 de febrero 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 la Registradora, indeterminación en el plazo de duración del préstamo y, en consecuencia, en la fecha de vencimiento, circunstancia imprescindible de acuerdo con lo establecido en el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, ya que en las dos formas de cancelación por caducidad, los plazos para ello se contarían desde que la obligación garantizada «debió ser satisfecha en su totalidad según el Registro», lo que

exige que el Registro publique el plazo máximo de cumplimiento de la obligación garantizada. Además entiende que la previsión contenida en la Cláusula Financiera 2.^a sobre posibilidad de exigir el reembolso por incumplimiento de cualquier obligación contenida en la escritura es inadmisibles, por su generalidad y por envolver pactos obligacionales que no pueden trascender a terceros, conforme a los artículos 9.2 y 51.6 del Reglamento Hipotecario.

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

dos 1 y 11 de la Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre).

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

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

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

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

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

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

5. Por lo que concierne a la posibilidad pactada de que la entidad acreedora capitalice los intereses, comisiones y los gastos (cláusula Tres párrafo cuatro), como tiene señalado este Centro Directivo (cfr. por todas las Resoluciones de 19 de enero y 16 de julio de 1996), en el ámbito hipotecario o de actuación de la garantía constituida, los intereses sólo pueden reclamarse en cuanto tales y dentro de los límites legales y pactados, pero nunca englobados en el capital. Así resulta claramente del principio registral de especialidad que en el ámbito del derecho real de hipoteca impone la determinación separada de las responsabilidades a que queda afecto el bien por principal y por intereses (vid. arts. 12 de la Ley Hipotecaria y 220 del Reglamento Hipotecario), diferenciación que en el momento de la ejecución determina (vid. Art. 692.1 de la Ley de Enjuicia-

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

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

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

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

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

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

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

intereses respeta el límite de los cinco años al tipo máximo establecido (Vid, entre otras la Resolución de 24 de agosto de 1998).

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

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

10. Por lo que se refiere a las obligaciones del prestatario recogidas en la cláusula catorce, dado su carácter obligacional, no deben acceder al Registro –apreciación que comparte el recurrente–, por cuanto siendo el objeto de inscripción el derecho real de hipoteca, aquél debe limitarse a lo imprescindible para dar a conocer la extensión del derecho inscrito; por ello, ya sostuvo esta Dirección General en su Resolución de 19 de abril de 2006 que por imperativo del artículo 18 de la Ley Hipotecaria el registrador sólo podía calificar las cláusulas de trascendencia jurídico real inmobiliaria, debiendo comenzar su examen, como prius lógico de su actuación, determinando qué cláusulas tienen tal carácter y deben ser calificadas y, en su caso inscritas, y cuáles son de carácter financiero y quedan vedadas a su calificación.

En concreto, se afirmaba en dicha Resolución que «la calificación que debe efectuar [el registrador], como núcleo de su función pública, tiene una premisa previa y es que la misma se extiende a aquellos pactos que tienen trascendencia jurídica real inmobiliaria, ya que son los únicos que deben acceder al Registro de la Propiedad; de ese modo, calificación, como actuación jurídica que, primero ha de depurar lo que tiene tal trascendencia y lo que no y, segundo, como control de legalidad para determinar si lo inscribible puede acceder al Registro, constituyen el marco y límites a que debe sujetarse la actuación del funcionario calificador.»

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

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

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

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

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

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

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

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

13. Finalmente y por lo que se refiere al criterio de la Registradora de considerar que dados los términos oscuros, discrecionales y genéricamente favorables a la parte prestamista, la completa operación es contraria a lo dispuesto en los artículos 10bis y Disposición Adicional Primera de la Ley 26/1984 General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, como ya tuvo ocasión de expresar este Centro Directivo en sus Resoluciones de 8 de octubre de 1991 y 19 de abril de 2006, el procedimiento regis-

tral, 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, 15 de marzo de 2008.–La Directora General de los Registros y del Notariado, Pilar Blanco-Morales Limones.

5859

RESOLUCIÓN de 17 de marzo de 2008, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por «Rocamer, S. A.», contra la negativa del registrador de la propiedad de San Javier número 2, a la cancelación de un derecho de retroventa y de una anotación preventiva de embargo.

En el recurso interpuesto por don Rosendo Mercader Torres en nombre y representación de «Rocamer, S. A.», contra la negativa del Registrador de la Propiedad de San Javier número 2, don Santiago Laborda Peñalver, a la cancelación de un derecho de retroventa y de una anotación preventiva de embargo.

Hechos

I

Se presenta en el Registro instancia presentada por la persona antedicha en la representación igualmente expresada por la que se expone que la entidad representada es dueña de una finca urbana sobre la cual recae: Una inscripción de un derecho de retroventa con una duración de cinco años desde el 2 de febrero de 2001 y una anotación de embargo que recae sobre el derecho anterior, por lo que, habiéndose extinguido el derecho de retroventa procede su cancelación de conformidad con lo que establecen los artículos 79 y 82 de la Ley Hipotecaria, cancelación que debe arrastrar la de la anotación por haberse extinguido el derecho anotado, y de conformidad con el artículo 85 de la misma Ley.

II

El Registrador denegó la cancelación mediante la siguiente nota de calificación: Por la presente se le notifica la calificación negativa del documento que Vd. presentó/autorizó, instancia para la cancelación de un derecho de retroventa y de una anotación preventiva de embargo sobre la registral 19.143 de Pinatar, que ha causado en este Registro el asiento número 878 del Diario 43, por las siguientes causas:

1. No haber transcurrido los plazos que la ley establece para la cancelación por caducidad de los asientos que se solicita: a) En cuanto al pacto de retroventa, el de cinco años a contar desde la fecha que se fijó como límite para el ejercicio del derecho de retroventa (artículo 177.1 del Reglamento Hipotecario). Que no debe confundirse con el supuesto de cancelación automática o sin consentimiento del titular registral, cuando en el título de constitución del derecho, en este caso de retroventa, se hubiese pactado su cancelación transcurrido un término, en cuyo caso se puede cancelar una vez cumplido. Que es el caso del párrafo 2 del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, que no es de caducidad sino de cancelación, por haberse convenido así por las partes al constituir el derecho, y que en el presente caso no se convino. B) Y en cuanto a la anotación del embargo trabado sobre el derecho de retroventa, en el de cuatro años que señala el artículo 86 de la Ley Hipotecaria. Impide la inscripción. Contra este acuerdo de calificación puede recurrirse, potestativamente, ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el plazo de un mes desde esta notificación, en la forma y por los trámites previstos en los artículos 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria, o ser impugnado directamente ante los Juzgados de Primera Instancia de Murcia Capital, por los trámites del Juicio Verbal, en el plazo de dos meses a contar desde la misma fecha. Igualmente puede el interesado solicitar calificación sustitutoria, conforme a lo previsto en los artículos 19 bis y 275 de la Ley Hipotecaria y Real Decreto 1039/2003, de 1 de agosto, en el plazo de