

**“LA REFORMA DE LA LEY HIPOTECARIA:
LAS OPORTUNIDADES PERDIDAS”**

FERNANDO AZOFRA
Abogado. Socio de Uría Menéndez

RESUMEN: Se analiza el camino recorrido en el trámite legislativo de la reciente Ley 41/2007, de 7 de diciembre en relación al contenido de la inscripción de la hipoteca y su ejecución: desde la posición inicial del Proyecto, en favor de un contenido escueto de la inscripción y de la posibilidad de ejecutar sobre la base de las cláusulas incluidas en la escritura de hipoteca -aún sin reflejo registral-, hasta la postura finalmente acogida en la Ley, reedición de la línea histórica, conforme a la cual acceden al registro las cláusulas de contenido real y la ejecución cabe sólo con base en las cláusulas de la escritura de hipoteca efectivamente inscritas.

EXPOSICIÓN: La génesis legislativa de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, muestra un viraje abrupto desde la posición defendida en el Proyecto de Ley remitido a Cortes al texto finalmente promulgado al respecto del contenido de la inscripción del derecho real de hipoteca y de su ejecución. En efecto, mientras que el Proyecto defendía un contenido escueto de la inscripción (mera noticia de la existencia de la hipoteca, la indicación de la deuda garantizada e el importe de la responsabilidad hipotecaria) pero admitía la posibilidad de su ejecución sobre la base de las cláusulas incluidas en la escritura de hipoteca, aún cuando no hubieren tenido reflejo en el registro, la Ley impone la inscripción de las cláusulas de la hipoteca de contenido real exigiendo que la ejecución se fundamente en alguna de las causas de vencimiento anticipado inscritas. Se da cuenta de cierta doctrina reciente de la Dirección General de los Registros y del Notariado que aboga por permitir el acceso al registro de las cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras de las hipotecas bancarias (es decir, las constituidas en favor de bancos, cajas de ahorro, entidades de crédito oficial, cooperativas de crédito y establecimientos financieros de crédito), aunque no tengan trascendencia real, sobre la base de una algo aventurada interpretación del segundo párrafo del art. 12 de la Ley Hipotecaria introducido por la Ley 41/2007.

1. INTRODUCCIÓN

La reciente Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de reforma de la legislación hipotecaria ha introducido algunas importantes novedades en nuestro registral, como la hipoteca flotante, la hipoteca recargable o la hipoteca inversa. No quiero dedicar aquí atención a los logros de la reforma, sino más bien a los intentos frustrados, a las aspiraciones del proyecto que no cristalizaron finalmente en la Ley.

2. TASACIÓN LIMITATIVA DEL CONTENIDO DE LA INSCRIPCIÓN DEL DERECHO DE HIPOTECA

La más ambiciosa, creo, de las reformas introducidas en el proyecto de ley remitido a las Cortes (el “Proyecto”) era la determinación taxativa, por vía de ley, del contenido del derecho de hipoteca, superando así doscientos años de tradición registral en la que la hipoteca ha sido lo que el ilustre cuerpo de registradores de la propiedad (es verdad que moderados por la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado - “DGRN”- y por una escasa jurisprudencia) ha determinado que fuera.

Se había criticado, desde casi todos los ámbitos, la actual tendencia al “*gigantismo hipotecario*”, a la sobreabundancia de información tabular¹, lo que, en última instancia, introducía confusión en un sistema llamado a ser registro de seguridad jurídica².

Para atajar esta tendencia, se pretendía tasar legalmente el contenido de la inscripción del derecho de la hipoteca y conseguir la deseada homogeneización del mercado bancario de préstamos hipotecarios, lo que habría de redundar en un más eficaz funcionamiento del mercado, un abaratamiento de los márgenes de intermediación de las entidades de crédito y, en última instancia, del crédito bancario.

Es verdad que esta modificación, pese a su enorme calado, fue introducida por el Gobierno en el Proyecto sin haberse recogido previamente en el Anteproyecto sometido a información pública y sin haberse promovido, por tanto, un debate abierto sobre las ventajas y los inconvenientes y sin explicarse suficientemente, más que por unas lacónicas referencias en la exposición de motivos del Proyecto (como a continuación trataré de explicar), los argumentos a favor y en contra del sistema propuesto.

Rezaba valientemente la exposición de motivos del Proyecto:

¹ CALVO GONZÁLEZ-VALLINA, Javier: *Las cláusulas de la hipoteca*, Cuadernos de Derecho Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, pág. 16.

² “...la creciente importancia del crédito territorial, así como el deseo de asegurarse la plena efectividad de la cobertura hipotecaria estipulada, han desembocado en una excesiva complejidad del mecanismo negocial instrumentado en contra de la exigencia legal de claridad y precisión en la constitución de derechos reales, con el consiguiente detrimento para el tráfico inmobiliario” (RDGRN de 5 de junio de 1987, RJ 1987/4835).

“Otras medidas dirigidas a impulsar el mercado bancario de préstamos hipotecarios, consisten en que en la inscripción del derecho 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; las demás cláusulas del contrato de préstamo, crédito o cualquier otra obligación garantizada con hipoteca no serán inscribibles, salvo que la Ley dispusiera cosa distinta”.

En línea con lo anterior, el capítulo VI del Proyecto, titulado “Mejora y flexibilización del mercado hipotecario”, se abría con una modificación del art. 12 de la Ley Hipotecaria (“LH”), al que se daba la siguiente redacción:

“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.

En el registro de la propiedad sólo podrán inscribirse las cláusulas del contrato de préstamo o crédito o cualquier otra obligación garantizada con hipoteca previstas expresamente por la Ley”.

Este segundo párrafo habría admitido, en principio, dos posibles interpretaciones:

- a) La primera, como expansión del ámbito de publicidad registral, lo que permitiría inscribir, no sólo como hasta ahora las cláusulas del contrato con trascendencia real, sino también las de trascendencia meramente obligacional.
- b) Una segunda, en la dirección contraria, como limitación de la publicidad registral, en el sentido de admitir la inscripción únicamente de aquellas cláusulas que la ley (ésta u otras) expresamente determinasen. La utilización del adverbio “sólo” y, sobre todo, las referencias efectuadas en la exposición de motivos parecerían endosar esta segunda interpretación que, obviamente, suponía abandonar el sistema vigente en el que el registrador, cada registrador, determina caso a caso lo que merece o no inscripción, sobre la base de su propia y personal apreciación de las cláusulas de contenido real.

Es decir, frente a la posibilidad de recoger literalmente en la inscripción la totalidad de las cláusulas del negocio garantizado -con algunas excepciones-, o frente al sistema actual de acceso únicamente de las cláusulas de contenido real, el Proyecto se decantaba por la alternativa de recoger únicamente la responsabilidad por principal, intereses y costas y unas pocas cosas más (valor de tasación para subasta, domicilio a efectos de procedimientos ejecutivos, etc.).

Prescindiendo ahora de los juicios *de lege ferenda* sobre si es más adecuada la tasación legal del contenido de la inscripción o el apoderamiento a un funcionario público imparcial y con una adecuada preparación jurídica (en este caso, el registrador) para la apreciación de lo que debe merecer inscripción, no hay duda que el primer sistema garantiza una uniformidad y una transparencia que el segundo no consigue ni siquiera con el mecanismo de moderación derivado de una doctrina registral multiseccular de la DGRN. Se proponía, por tanto, mitigar el alcance de la calificación registral favorable de la trascendencia real de las cláusulas del préstamo, crédito u obligación garantizada por hipoteca, sustituyéndolo por la imposición legal de un ciertamente breve contenido de la inscripción.

Una vez sentado este objetivo, el Proyecto proponía un sistema de integración extrarregistral de la ejecución de la hipoteca mediante la siguiente modificación del art. 130 de la Ley Hipotecaria:

“El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de los extremos contenidos en el asiento y en el título respectivos”.

Nuevamente aquí se laminaba uno de los pilares de nuestro derecho registral conforme al cual *“la ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita y, dado su carácter constitutivo, sobre la base de los extremos contenidos en el asiento respectivo”* (redacción del art. 130 LH hasta la promulgación de la Ley 41/2007).

De haber prosperado esta modificación, se podría haber conseguido despacho de ejecución, acreditada la existencia de la hipoteca y la responsabilidad hipotecaria

garantizada, sobre la base de cláusulas de vencimiento anticipado incluidas en el título, aunque no lo estuvieran en el asiento.

Nuevamente aquí, podrían hacerse interesantes, aunque ya estériles, reflexiones³ sobre si es preferible que la ejecución pueda despacharse sólo sobre la base del contenido del registro que, a su vez, ha sido determinado mediante la apreciación personal del registrador de la trascendencia real de cada cláusula contenida en el título, frente a la alternativa, hay que admitir que algo más simplista, en la que se despacha ejecución sobre la base del título, acreditada la inscripción de la hipoteca, sin permitir el acceso al registro más que de las líneas identificadoras de la obligación garantizada y la responsabilidad hipotecaria (y las demás “*previstas expresamente por la Ley*” decía, sin desarrollar, el Proyecto).

En la primera postura, se resiente la deseable uniformidad del mercado de préstamos hipotecarios (con la consecuente merma de eficiencia) y soportamos el riesgo del error del registrador, ser falible a fin de cuentas (sin que los mecanismos establecidos de calificación sustitutiva y recursos contra la calificación registral protejan adecuadamente al acreedor -y al deudor-, ya que, en tanto se ventilan, no se inscribe la cláusula discutida y, en el peor de los casos, se deniega la inscripción de la garantía misma). Los intentos de profundización en los códigos de autorregulación de los registradores no han dado aún resultados palpables en la línea de podar la disparidad de las calificaciones. Se consigue ciertamente la transparencia y publicidad de las cláusulas que merezcan calificación registral favorable (que podrán ser conocidas por cualquiera que acceda al registro), en principio en aras de una mayor seguridad jurídica. Pero también se pueden llegar a cercenar algunos legítimos derechos de querer declarar el vencimiento anticipado de la obligación garantizada y, con ello, instar la ejecución en circunstancias que no tengan trascendencia real.

³ Véase, al hilo precisamente de este intento de modificación del sistema registral español, los argumentos en favor y en contra propuestos por CARRASCO PERERA, Ángel: “Las nuevas hipotecas” en *Expansión* del 2 de enero de 2008; CANALS BRAGE, Fernando: “El incierto porvenir de la hipoteca en España (A propósito de algunos proyectos más o menos normativos)” en *La Ley*, jueves 12 de abril de 2007, págs. 1 y ss.; DÍAZ FRAILE, Juan María: “La nueva regulación de las novaciones y subrogaciones de préstamos hipotecarios. Retos y riesgos de la reforma hipotecaria” en *La Ley* nº 6727, Año XXVIII, de 4 de junio de 2007, págs. 1 y ss.

En la segunda, se consigue uniformidad (y, previsiblemente, mayor eficacia del mercado bancario hipotecario y abaratamiento general de los productos hipotecarios), así como de una reducción en abstracto de los costes económicos de la tramitación e inscripción, a costa de una menor transparencia del registro, de una merma de su objetivo (fundamental) de servir de instrumento de publicidad de la titularidad de los bienes y derechos inmobiliarios y de las cargas establecidas sobre los mismos. Esta postura se opondría a las recomendaciones contenidas en el Libro Verde del Crédito Hipotecario de la Unión Europea de 19 de julio de 2005 (COM -2005- 327 final). Y también hay que admitir que la seguridad jurídica se vería comprometida al poder despacharse ejecución sobre la base de cláusulas de vencimiento anticipado contenidas en el título, no en el asiento, carentes de trascendencia real. Los terceros, se alega, podrían verse afectados por la ejecución como consecuencia de una cláusula no inscrita, sin haber tenido oportunidad de advertirla al acceder al registro y, en consecuencia, de calibrar sus probabilidades de ocurrencia, generándose una situación de opacidad o “clandestinidad inmobiliaria” (por usar la expresión acuñada doctrinalmente) que, si bien no comparable a la situación previa a 1861, presentaría con ella algunas coincidencias (el registro daría apenas publicidad a la existencia de la hipoteca y su responsabilidad y de las características fundamentales del crédito). La aceptación de esta objeción, sin embargo, también se enfrenta a la constatación de que son variados los supuestos ya admitidos en el derecho vigente en el que se brinda virtualidad y eficacia frente a terceros, en caso de ejecución, a hechos extraregistrales como, por ejemplo, al pacto de liquidez del 572 de la LEC o en los que se reconoce abiertamente la integración extrarregistral, como en la hipoteca en garantía de títulos por endoso o al portador (arts. 154 y 155 LH), en la hipoteca sometida a condición o en la hipoteca en garantía de obligación futura (incluso en la estrictísima interpretación que la doctrina reciente de la DGRN viene haciendo al exigir que el contrato o relación jurídica de la que ha de resultar la obligación futura exista ya al tiempo de la constitución de la hipoteca⁴). Desde la perspectiva del acreedor hipotecario, esta posición tiene la ventaja

⁴ La RDGRN de 17 de enero de 1994 (RJ 1994/239) exige que “*en el momento de la constitución de la hipoteca exista una relación jurídica básica que vincule ya al deudor y que bien deje a la sola voluntad de una de las partes el nacimiento de la obligación asegurada con la hipoteca [...], o bien tal relación*

de permitir ejecutar al amparo de una cláusula de vencimiento anticipado de alcance meramente personal, perfectamente lícita y válida, pero con acceso al registro vedado en nuestro actual sistema. En última instancia, la modificación pretendida no era tan rompedora; en el ámbito de las hipotecas de seguridad, por ejemplo, la integración extrarregistral es nota definitoria⁵.

Decía que eran reflexiones interesantes, aunque estériles, porque la tramitación parlamentaria acabó en la Ley finalmente publicada, en la que quizá no se retroceda, pero ciertamente no se avanza, en el objetivo de sistematizar, uniformizar y eliminar discrecionalidad registral respecto del contenido del derecho de hipoteca.

La lectura de la exposición de motivos de la Ley permite inicialmente sostener un atisbo de esperanza, que se ve finalmente truncado en la lectura de la parte dispositiva. En efecto, anuncia la exposición de motivos, *molto vivace*, la introducción de “*Otras medidas dirigidas a impulsar el mercado hipotecario de préstamos hipotecarios [que] tienen por objeto precisar el contenido que haya de tener la inscripción del derecho real de hipoteca, evitando calificaciones registrales discordantes que impidan la uniformidad en la configuración registral del derecho que impone su contratación en masa. A 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.*”

Sin embargo, no acaba de arrancar el corolario inicialmente pretendido, y claudica finalmente al someter la inscripción a la criba del registrador. Así, apunta lánguidamente tras el párrafo anterior: “*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*

jurídica implique deberes respecto del posible acreedor cuya infracción de lugar precisamente al nacimiento de la concreta obligación asegurada”.

⁵ ROCA SASTRE define la hipoteca de máximo como “*la que se constituye por una cantidad máxima en garantía de créditos indeterminados en su existencia o cuantía, que sólo se indican en sus líneas fundamentales y cuya determinación se efectúa por medios extrahipotecarios*” (ROCA SASTRE, Ramón y ROCA SASTRE-MUNCUNILL, Luis: *Derecho Hipotecario*, Barcelona: Ed. Bosh, 1994 (8ª Edición), Tomo VIII, pág. 317).

que se haya obtenido la calificación registral favorable de las cláusulas de contenido real”.

Consecuentemente, la modificación que efectúa la parte dispositiva de la Ley 41/2007 del art. 12 LH. El párrafo primero del art. 12 queda casi igual que en el Proyecto. Simplemente se añade, al final, *“cualquiera que sea la naturaleza de éstas [de las obligaciones garantizadas] y su duración”*⁶.

El segundo párrafo que el Proyecto introducía en el que se condensaba la esencia de la reforma, por el contrario, es reemplazado por una disposición que parece hueca:

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

La primera redacción de este párrafo, casi con la misma dicción que acabó en la Ley, se sugiere por la Asociación Hipotecaria Española (“AHE”) en su informe sobre el Anteproyecto en diciembre de 2006 (que contenía tan sólo una modificación de matiz del art. 12 LH, pero no incluía el segundo párrafo que se presentó en el Proyecto)⁷ tras constatar que *“la práctica diaria pone en evidenciara que los múltiples productos absolutamente estandarizados que se formalizan en España reciben, casi inevitablemente, con la normativa y estructura actuales, un tratamiento distinto en la calificación y en la inscripción o rechazo de sus cláusulas en los más de mil doscientos*

⁶ No es claro si la mención a *“la duración”* se predica de la hipoteca o de las obligaciones garantizadas. De la génesis legislativa debe inferirse que se refiere a las obligaciones garantizadas, ya que este inciso se incorpora por mor de la enmienda nº 46 del Grupo Parlamentario Catalán (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 9 de mayo de 2007, págs. 51-52) (idéntica a la enmienda nº 90 del Grupo Parlamentario Popular, Boletín Oficial de las Cortes Generales de 9 de mayo de 2007, pág. 75) que justifica la adición en que *“debe constar en el registro un elemento esencial de la obligación garantizada, de evidente interés para los terceros, como es la duración o el plazo de la deuda”*. El inciso *“cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración”* se encontraba en el Anteproyecto, desapareciendo sin embargo en el Proyecto.

registros de la propiedad”. La AHE considera en su informe que esta inclusión debe redundar en una mayor uniformidad del mercado hipotecario, “*una mayor seguridad jurídica, menos trabas a la innovación y un considerable incremento de la competencia en beneficio de los ciudadanos*”. Creo que aquí la AHE pecó de algo de candidez, porque la inclusión del inciso “*en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real*” abre nuevamente la puerta a la “*soberana inteligencia del Registrador*” a la que se refiere CARRASCO PERERA respecto de lo que se inscribe y lo que no.

Los Grupos Parlamentarios de Izquierda Unida, Popular, Catalán y Esquerra Republicana⁸ hicieron suya la sugerencia de la AHE en el trámite en el Congreso, en una curiosa coincidencia. Los Grupos Popular y Catalán justifican la supresión del segundo párrafo de la modificación del art. 12 LH propuesto por el Proyecto en que “*la seguridad del tráfico jurídico no permite omitir en la inscripción el contenido de todo lo pactado en el clausulado de la escritura de hipoteca pues lo contrario, tal y como el Proyecto de Ley pretende, supone volver al sistema de clandestinidad anterior a la promulgación de la Ley Hipotecaria*”. Igualmente, alegaron en defensa de la sustitución de un párrafo por otro que la redacción del Proyecto pudiera ser interpretada en sentido limitativo del alcance de la inscripción “*sustrayendo de la información registral el contenido de cláusulas complementarias o definidoras de otras de carácter real o que por ser financieras deberían de recogerse en el asiento del Registro*”. La utilización de la conjunción disyuntiva “*o*” podría hacer pensar que se abogaba por la inscripción tanto de las cláusulas “*complementarias o definidoras de otras de carácter real*” como de las “*financieras*” que, por ser tales “*deberían recogerse en el asiento del Registro*”. No se advierte sin embargo, que al no imponer la inscripción de esas cláusulas incluso aunque carezcan de su trascendencia real, se estaba en realidad reeditando la situación normativa vigente, en la que el registrador inscribe sólo las cláusulas con alcance real (art. 51.6ª RH). En semejante error incurre la enmienda nº 120 del Grupo Parlamentario

⁷ Asociación Hipotecaria Española: Resumen de las propuestas de modificación formuladas al Anteproyecto de Ley de Modernización del Mercado Hipotecario, de Regulación del Régimen de las Hipotecas Inversas y del Seguro de Dependencia, 5 de diciembre de 2006, pág. 7.

de Esquerra Republicana al querer justificar la sustitución de párrafos en la necesidad de evitar los *“importantes peligros que resultarían de dejar fuera de Registro las cláusulas configuradoras de la relación jurídica garantizada con hipoteca [...] como la posibilidad de calificaciones registrales heterogéneas para productos estandarizados, toda vez que impone la inscripción de aquellas cláusulas en los términos que resulten de la escritura, salvo que resulten contrarias a normas imperativas o prohibitivas”* y ello porque de la redacción propuesta no se desprende la necesidad de inscripción de las cláusulas de vencimiento anticipado en la contratación en masa, tengan o no trascendencia real, sino sólo de las que la tengan.

Y es que por más que queramos (o, mejor dicho, por más que quiera yo), este párrafo no parece poder ser rectamente interpretado en el sentido de obligar al registrador a inscribir todas las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos bancarios, tengan o no contenido real. Podría serlo si se hubiera omitido el inciso *“en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real”* tal y como se defendió por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado⁹, sin éxito.

La interpretación literal de la norma, primer canon hermenéutico (*ex art. 3.1 Código Civil*), parecería imponer la constancia registral de las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos bancarios, en los términos que resulten del título, pero sólo de aquéllas con trascendencia real. Sólo así tiene sentido el inciso y, además, se integra armónicamente la exposición de motivos de la Ley (*“[...] siempre que se haya obtenido la calificación registral favorable de las cláusulas de contenido real”*). Es verdad que la referencia a *“las cláusulas de trascendencia real”* (o *“las cláusulas de contenido real”* en la exposición de motivos) despista; este término parecería identificar *“otras”* cláusulas, distintas de las de vencimiento anticipado a las que se refiere la primera parte del párrafo (si se refiriera efectivamente a las de vencimiento anticipado, debería mejor haber dicho algo como *“en caso de calificación registral favorable de aquéllas de trascendencia real”*). Adicionalmente, esta interpretación literal encuentra otro

⁸ Enmiendas nº 11 del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, nº 46 del Grupo Parlamentario Catalán, nº 90 del Grupo Parlamentario Popular y nº 120 de Esquerra Republicana (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 9 de mayo de 2007, págs. 51-52, 75 y 90-91).

⁹ Cortes Generales: Diario de Sesiones del Senado de 14 de noviembre de 2007, nº 535, pág. 7.

inconveniente al tiempo de la integración: si se impone al registrador la constancia registral de las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos bancarios que, en su opinión, tengan trascendencia real, ¿quiere esto decir que se prohíbe la constancia registral de esas mismas cláusulas en contratos no bancarios? El contexto de la norma (segundo canon hermenéutico) y el canon “*inclusio unius est exclusio alterius*” podrían apuntar en ese sentido. Parece obvio, sin embargo, que una prohibición de inscripción de cláusulas de vencimiento anticipado de trascendencia real en contratos no bancarios, existiendo una práctica inveterada al respecto y siendo el objetivo del Registro la publicidad formal de las titularidades y cargas sobre bienes y derechos inmobiliarios y el contenido de los mismos (arts. 9.2 LH y 51.6ª RH) habría exigido una norma expresa, debidamente justificada en la exposición de motivos, que no existe. Pero si las cláusulas de vencimiento anticipado de contratos no bancarios con trascendencia real tienen acceso al registro (o mejor dicho, siguen teniendo acceso al registro), previa calificación registral favorable, ¿que añade este párrafo en realidad respecto de los contratos bancarios?

La DGRN propone en dos recientes resoluciones de 21 de diciembre de 2007¹⁰ y 1 de febrero de 2008¹¹ una interpretación en línea con lo que a mi me gustaría leer, pero no leo. La DGRN entiende que el inciso “*de las cláusulas de contenido real*” usado en la exposición de motivos no identifica (o se remite) a “*las demás cláusulas financieras, tales como las relativas al vencimiento anticipado*” sino a “*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)*”. Y de ahí que la DGRN deduzca la obligatoriedad de inscripción registral de las cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras en contratos bancarios aunque carezcan de trascendencia real¹²:

¹⁰ B.O.E. nº 13 de 15 de enero de 2008, págs. 2.851 y ss.

¹¹ B.O.E. nº 48 de 25 de febrero de 2008, págs. 11.274 y ss. Es preciso destacar que las tres resoluciones versan sobre hipotecas en favor de una misma entidad y con palmarias semejanzas entre ellas.

¹² Sosteniendo, aunque criticando, esa misma tesis MARTÍNEZ GIL-VICH, José Luis: “La hipoteca flotante” en *El Notario del siglo XXI*, enero-febrero 2008, págs. 152-153.

“Lo que sucede es que como excepción y, resultando aconsejable para el tráfico jurídico por la publicidad con efectos de mera noticia que dimana del asiento registral, respecto de las cláusulas que carecen de dicho contenido real, la Ley 41/2007 en la modificación del artículo 12 LH ha incluido un párrafo segundo que, respecto de las hipotecas constituidas en 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”.

Hay que reconocer coraje en la interpretación, especialmente porque altera de raíz la línea defendida hasta ahora por la propia DGRN en la que considerando “*la trascendencia “erga omnes” del estatuto de la propiedad inmueble, la exigencia de una razón justificativa suficiente de los derechos reales configurados por los particulares al amparo del “numerus apertus” establecido en los artículos 2 LH y 7 RH, la necesidad de perfiles claros en la configuración de cada derecho real que se constituya*” y “*la inviolabilidad del principio de libre circulación de los bienes*” entendía obligado “*un examen minucioso de aquél (del contrato [garantizado]) para depurarlo de aquellos elementos carentes de los requisitos estructurales necesarios para modelizar el derecho de propiedad del inmueble afecto, y ello a pesar de estar conectados a otros de indudable alcance real, y sin perjuicio de la operatividad que en el ámbito personal pudieran tener si es que no traspasan los límites generales o específicos señalados a la autonomía de la voluntad (artículo 1255 Cc)*”¹³.

Quiero creer, pero el razonamiento me parece algo voluntarista. En primer lugar, porque aunque entender referido el inciso “*las cláusulas de trascendencia real*” a las cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras de la primera parte del segundo párrafo del 12 LH “chirría” un poco, mucho más “chirría” entenderlo referido al párrafo primero (¡qué sencillo habría sido decir “*las cláusulas a que se refiere el párrafo anterior*” si así se hubiera querido!). En segundo, porque el art. 51.6ª RH, que no ha sido modificado ni derogado expresamente por la Ley 41/2007, sigue prohibiendo la constancia registral de “*las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real*” pareciendo difícil aceptar que la contundencia y claridad de esta norma, aunque sea reglamentaria, haya de ceder ante una mención legal cuando menos poco clara. Supongo que la interpretación que auspicia la DGRN debería entender este precepto del RH tácitamente derogado respecto de los contratos bancarios, por contravenir la ley. En tercer lugar, porque el acceso al registro de las cláusulas de contenido real (y la prohibición de acceso de las de contenido obligacional, salvo las excepciones legalmente previstas) es, amén de una práctica centenaria, un pilar en el que se ha asentado nuestro sistema registral con apoyo en el art. 9 LH (por más que éste no contenga declaración expresa al efecto), sin que la Ley 41/2007 tenga contenido o

¹³ RDGRN de 20 de mayo (RJ 1987/3926) y 5 de junio de 1987 (RJ 1987/4835).

justificación suficiente para entender alterado este sistema. En cuarto lugar, la distinción que hace la DGRN sobre el contenido propio de la calificación (cláusulas jurídico reales) y lo que debe inscribirse pese a quedar “*extramuros de la calificación*” no tiene suficiente acomodo en el sistema registral español, y podría chocar con el mandato dirigido a los registradores en el art. 18 LH. En quinto lugar, no explica la DGRN por qué entiende referido el inciso apenas a las circunstancias esenciales de la inscripción del párrafo primero del art. 12 LH y no a cualesquiera otras “*cláusulas de trascendencia real*”, por ejemplo, la aceptación de la ejecución parcial por impago de algún vencimiento *ex art. 693 LEC*, la aceptación de la ejecución extrajudicial (arts. 129 LH y 234 RH), el valor de tasación de la finca, una cláusula de vencimiento anticipado por impago de cuotas de comunidad de propietarios, etc.). Y por último, de la interpretación de la DGRN debería colegirse la irremediabilidad de la obligación del registrador de inscribir (“*transcribir sin más*” en palabras de la DGRN) las cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras de los contratos bancarios incluso aunque fueran ilícitas (puesto que a ellas no se extiende la calificación del registrador), lo cual ciertamente se opone al principio de legalidad que resulta del art. 18 LH.

3. INTEGRACIÓN EXTRARREGISTRAL DE LA HIPOTECA EN LA EJECUCIÓN

Para acabar de complicar (o de aclarar) las cosas, debemos echar un vistazo a la redacción final del art. 130 LH propuesta por la Ley 41/2007:

“El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo”.

Esta redacción (con una mínima variación) surge en el trámite parlamentario en el Congreso para “*evitar que se planteen dudas acerca del procedimiento de ejecución de la hipoteca, ya que si no se utiliza un título inscrito ni se ejecuta en virtud de cláusulas también inscritas, es posible que el deudor pueda oponer excepciones que vayan más*

*allá de las tasadas por la ley, con lo que la gran eficacia del sistema se podría venir abajo precisamente en fase de ejecución*¹⁴. Podrá considerarse el sistema de integración extrarregistral en la ejecución de la hipoteca en pugna con la seguridad jurídica, pero no es justo achacarle defecto de eficacia porque precisamente lo que se consigue es que el acreedor pueda ejecutar sobre la base de cualquiera de las causas de vencimiento anticipado incluidas en el título, aunque no se hayan reflejado en el asiento. Nuevamente, se incurre en error en la justificación de la modificación en el trámite legislativo. Podrían haberse invocado argumentos afianzados en los principios de especialidad y determinación (arts. 1.857 CC; 9.2 y 12 LH; 51.6ª RH); fe pública (arts. 32 a 34 LH); legitimación registral (art. 38 LH), publicidad formal (arts. 221, 222, 227 y 248 LH), legalidad (art. 18 LH), oponibilidad positiva y negativa del contenido del registro (arts. 13, 26, 32, 37 y 225 LH; 606, 1473, 1.526 ó 1.549 CC), etc. sobre los que se asienta nuestro sistema registral, por entender la integración extrarregistral en colisión, en más o en menos, con ellos. Podría igualmente haberse razonado que la hipoteca, como derogación singular de la regla de la *par condicio creditorum*, se asienta constitucionalmente en el acceso al registro (y, en consecuencia, en la publicidad) de toda cláusula en la que se base la limitación de la responsabilidad universal del deudor (*ex* arts. 1.911 y 1.925 CC). Y podría, incluso, alegarse que es la coherencia de la hipoteca con todos esos principios (fe pública, seguridad, etc.) lo que permite mantener la constitucionalidad de un sistema de ejecución especial (ahora recogido en los arts. 571 y ss. LEC, con las particularidades de los arts. 681 y ss. LEC y antes, y desde nada menos que 1909, en el 131 LH) en el que se tasan muy limitativamente las excepciones o motivos de oposición del deudor o ejecutado, al límite casi de la indefensión¹⁵. Lejos de todo ello, se justifica la alteración en la necesidad de apuntalar la ejecución.

¹⁴ Enmiendas nº 47 del Grupo Parlamentario Catalán y nº 91 del Grupo Parlamentario Popular (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 9 de mayo de 2007, págs. 52 y 75, respectivamente). En el mismo sentido abogó el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana (enmienda nº 121, Boletín Oficial de las Cortes Generales de 9 de mayo de 2007, págs. 91 y ss.): “*dada la posibilidad de que provoque la pérdida de eficacia de un procedimiento judicial, el de ejecución directa, en cuya rapidez tiene su apoyo el buen funcionamiento del mercado hipotecario*”.

¹⁵ En este sentido, CANALS BRAGE, Fernando: “El incierto porvenir de la hipoteca...”, *op. cit.*, pág. 9. Debe recordarse en este contexto que la sanción de constitucionalidad del procedimiento del antiguo art. 131 LH por parte del Tribunal Constitucional se basó, en gran parte, en la protección que para el deudor resulta del sistema registral: “*El deudor que consiente la constitución de la hipoteca goza del sistema de*

Adviértase que, pese a la modificación introducida, este artículo sigue diciendo básicamente lo mismo que decía anteriormente (*“El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita y, dado su carácter constitutivo, sobre la base de los extremos contenidos en el asiento respectivo”*).

Como hacía el Proyecto, se suprime la referencia al carácter constitutivo de la hipoteca, como quien quisiera pasar a anunciar a continuación que se despachará ejecución sobre los extremos del título, estén o no reflejados en el asiento. Pero no se remata el gol y se acaba sentando la ejecución sobre la base de los extremos del título que hayan merecido inscripción. Vuelta al punto de partida.

Entre la posición de partida del Proyecto y la posición final de la Ley, todavía cabía una tercera, que fue precisamente la propuesta por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana en el Congreso, consistente en ordenar la inscripción, no sólo del principal de la deuda, y, en su caso, de los intereses pactados, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria sino también de *“[...] las demás cláusulas del contrato de préstamo, crédito o cualquier otra obligación garantizados con hipoteca, no siendo inscribibles únicamente aquellas que resulten contrarias a normas imperativas o prohibitivas”*, de forma que se *“impulsaría el mercado hipotecario, en cuanto daría seguridad a las entidades acerca del contenido de la operación que quedará inscrito y, además, cumple el mandato de facilitar el acceso al registro de los derechos reales constituidos sobre la propiedad inmueble, de modo que la completa relación jurídica garantizada con la hipoteca y delimitadora de su contenido quede sujeta al régimen de publicidad material propia del contenido de los asientos del registro”*¹⁶. Se omite cualquier referencia a los inconvenientes, que también existen, de esta opción de política legislativa, fundamentalmente referidos a la mayor prolijidad y sobreabundancia de la información tabular, mayores costes de transacción al tener que asentar el

garantías del procedimiento registral que se proyecta desde su nacimiento por la inscripción hasta su cancelación” (S.T.C. de 18 de diciembre, RJ 1981/41).

¹⁶ Enmienda nº 115 en el trámite parlamentario en el Congreso (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 9 de mayo de 2007, págs. 88 y ss.). Es importante señalar que la redacción propuesta en esta enmienda coincidía sustancialmente con la incluida en las primeras versiones del borrador de reforma, desapareciendo en el Anteproyecto.

contenido íntegro del derecho garantizado (salvo en contra de reglas imperativas o prohibitivas), problemas de confidencialidad de algún perfil del crédito garantizado, posibilidad de confusión en el mercado e incluso al hecho de que tal sistema podría acabar erosionando la confianza de los terceros en la legalidad del contenido de los asientos registrales (en la medida en que la calificación registral es el punto de apoyo de dicha presunción), siendo esta presunción, a su vez, la base de la admisión de la sumariedad de los procedimientos de ejecución hipotecaria¹⁷. Con propuesta semejante, aunque sin proponer justificación alguna, se planteó también enmienda por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds¹⁸. Al final, pese a que las enmiendas de Esquerra Republicana y de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds no fueron aprobadas, se advierte una gran coincidencia en cuanto a los resultados con la postura defendida por la DGRN en las tres resoluciones antes citadas.

Los antecedentes históricos y, sobre todo, los legislativos (tercer canon hermenéutico) creo que nos deberían llegar a las siguientes conclusiones:

- (1) se pretendía, en el Proyecto, un claro objetivo: tasar las circunstancias inscribibles del derecho de hipoteca, excluyendo la inscripción de cualquier otra cláusula, superando la heterogeneidad resultante de la criba del registrador, y admitiendo la integración extrarregistral en la ejecución;
- (2) este objetivo se vio trastocado en el íter legislativo para acabar en un lugar muy próximo a la línea de partida:
 - se sanciona legalmente la inscripción de ciertos contenidos del derecho de hipoteca: el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria y la identificación de las obligaciones garantizadas;
 - no se veda el acceso al registro de ninguna otra cláusula de la hipoteca, por lo que, por imperativo del art. 9.2 LH o 51.6ª RH y por aplicación de la

¹⁷ DÍAZ FRAILE, Juan María: “La nueva regulación...”, *op. cit.*, pág. 10.

¹⁸ Enmienda nº 11 en el trámite parlamentario en el Congreso (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 9 de mayo de 2007, pág. 33).

jurisprudencia constante y la práctica secular, debe admitirse la posibilidad de inscripción de cualquier cláusula contenida en la escritura de hipoteca que tenga trascendencia real, y ello tanto cuando el acreedor sea profesional del crédito (las entidades *a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario*) como no;

- no se impone la inscripción de las cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras de los contratos bancarios que no tengan trascendencia real (esta conclusión, obviamente, en pugna con el criterio de la DGRN en las resoluciones citadas); y,
 - se admite la ejecución contra los bienes hipotecados, en caso de hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en registro.
- (3) la ley da un mandato -o más bien, una exhortación- a registradores para la inscripción de las cláusulas de vencimiento anticipado de contratos bancarios, “*en los términos que resulten de la escritura de formalización*”, si bien sólo en el caso de que aprecien trascendencia o contenido real en dichas cláusulas. Y ello con el objetivo, declarado por la exposición de motivos, de flexibilizar el mercado hipotecario -acogiendo nuevos productos- y facilitar el acceso al registro de los títulos:

“La sentida necesidad de avanzar y flexibilizar el régimen jurídico de las hipotecas, con requisitos y figuras jurídicas que acojan las nuevas demandas, obliga también a todos los operadores que intervienen en el proceso formativo de los contratos y de las garantías reales, especialmente a los Notarios y a los Registradores de la Propiedad, de manera que como operadores jurídicos, en la redacción de los documentos y en la práctica de los asientos, entiendan dirigida su labor en el sentido de orientar y facilitar el acceso al Registro de los títulos autorizados por los medios legales existentes [...] de conformidad, en todo caso, con las disposiciones legales y

*reglamentarias que determinan el contenido propio de la inscripción registral, los requisitos para su extensión, y sus efectos*¹⁹.

Haciendo ahora de Sibila, recelo que el colectivo de registradores podría hacer caso omiso de dicha exhortación y seguir inscribiendo únicamente las cláusulas de vencimiento anticipado de contratos bancarios que gocen, en su recta opinión, de trascendencia real, denegando la inscripción de las restantes. Si así fuera, continuaría mereciendo todo el interés la tendencia observada en la jurisprudencia y en la doctrina de la DGRN de ampliar el elenco de circunstancias inscribibles, pese a alguna opinión doctrinal ciertamente inmovilista²⁰. Quizá el objetivo último del legislador pudiera haber alcanzado mejor fruto si se hubiese partido del intento, más realista, de sancionar legalmente la inscribibilidad de ciertas cláusulas de vencimiento anticipado habituales en la contratación en masa (partiendo, a estos efectos, del consenso existente en torno a las resoluciones de la DGRN sobre el particular).

Y esta reacción que aventuro en los registradores es, por una parte, la respuesta más adecuada a un legislador pusilánime que, pudiendo ordenar, simplemente implora, y, por otra, la única compatible con el derecho vigente que, como se ha explicado, (a) no impone (en mi corto entendimiento) la inscripción de todas las cláusulas de vencimiento anticipado en las hipotecas en garantía de contratos bancarios, sino sólo de las que tienen trascendencia real y (b) prohíbe la inscripción de “*las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real*” (art. 51.6ª RH) y, en consecuencia, de las cláusulas de vencimiento anticipado, sea o no bancario el contrato, sin contenido real.

Dicho todo lo anterior, no hay duda del poder “modificador” del derecho que tiene la DGRN. Si la DGRN, como intérprete cualificado del derecho registral, apuesta por defender el acceso al registro de las cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras de los contratos bancarios aunque carezcan de trascendencia real, aún podría producirse el milagro.

¹⁹ Apartado VII del Preámbulo.

²⁰ CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, Javier: *Las cláusulas...*, op. cit., págs. 42 y 43.