

*La protección del deudor en los créditos hipotecarios:
Cláusulas de variabilidad del tipo de interés,
redondeo, comisiones y gastos.
Cobertura del riesgo del tipo de interés¹.*

*JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de A Coruña*

I. LAS CLÁUSULAS DE VARIABILIDAD DE LOS TIPOS DE INTERÉS

1. La normativa sectorial en la materia

La normativa sectorial sobre transparencia bancaria a propósito de los contratos de préstamo hipotecario está constituida, además de las normas generales sobre transparencia e información de la clientela que resultan de aplicación también a este tipo de operaciones bancarias, por la **OM de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios**² -modificada por la OM de 27 de octubre de 1995³, para incluir en su ámbito de

1 Estudio realizado en el seno del Proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia: «*La protección del consumidor sobreendeudado*» [Ref. SEJ2007-64777/JURI], del que es IP J. M. BUSTO LAGO.

2 BOE núm. 112, de 11 de mayo de 1994.

3 BOE núm. 261, de 1 de noviembre de 1995.

aplicación a las entidades aseguradoras que concedan préstamos hipotecarios, en tanto que suponen idéntica actividad económica y responden a la misma naturaleza jurídica que los préstamos hipotecarios otorgados por las entidades de crédito-.

A su vez, ha de recordarse que la *Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de los préstamos hipotecarios* [en adelante, LSMPH], en un contexto histórico-económico de bajadas de los tipos de interés remuneratorios en los préstamos bancarios con garantía hipotecaria, habilitó los mecanismos para que los deudores hipotecarios, en aplicación de los arts. 1211 y concordantes del CC pudieran subrogar en sus préstamos con garantía hipotecaria a otro acreedor, diseñando un mecanismo de subrogación legal.

El 31 de marzo de 2006, con ocasión de la presentación al Consejo de Ministros por el Ministro de Economía y Hacienda del Informe sobre el cumplimiento del denominado «*Plan de Dinamización de la Economía*», puesto en marcha en febrero de 2005, se anunciaron reformas en el mercado hipotecario que afectarían a las comisiones por amortización anticipada y a la promoción de la utilización de préstamos hipotecarios a tipo mixto⁴. Estas previsiones se plasmaron en el «*Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria*», aprobado por el Consejo de Ministros celebrado en fecha 2 de marzo de 2007, remitido en esta fecha a las Cortes Generales para su tramitación

⁴ Con anterioridad, el día 3 de febrero de 2005, el Congreso de los Diputados aprobó una «Proposición no de ley» en virtud de la que se instaba al Gobierno a flexibilizar y a modernizar el régimen jurídico del mercado hipotecario, con la finalidad de favorecer la accesibilidad a dicho mercado de los ciudadanos, mejorara la eficiencia de la asignación de recursos, asegurar la protección de los prestatarios y garantizar la estabilidad económica. Como consecuencia y, en cumplimiento de la misma, se creó una Comisión en el seno del Ministerio de Justicia, bajo la coordinación de la DGRN, con representantes de la AHE, del CGN, del CRP y la que, posteriormente, se incorporaron representantes del MEyH. Fruto de los trabajos de esta Comisión fue un Borrador de Anteproyecto de Ley, que fue objeto de múltiples modificaciones, expuestas por BERNAL-QUIRÓS CASCIARO, J. T., en la «Introducción» de la obra *Jornadas sobre la Ley por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario*, Ed. CRPyME, Madrid, 2008, págs. 9 a 14.

parlamentaria, habiendo sido calificado por la Mesa del Congreso de los Diputados con fecha 6 de marzo de 2007⁵.

En el referido Proyecto de Ley se preveía dar un tratamiento normativo idéntico a las subrogaciones, cancelaciones y amortizaciones anticipadas. En concreto, se contemplaba la modificación de la regulación de las comisiones bancarias por amortización anticipada del crédito, eliminando el actual desincentivo existente en relación con las hipotecas con tipo de interés mixto; así como la clarificación y reducción de los costes arancelarios asociados a la cancelación anticipada de préstamos hipotecarios, mediante la bonificación del 90% en los costes arancelarios registrales, fijándose los costes notariales de acuerdo con la aplicación del arancel correspondiente a los «*documentos sin cuantía*» previsto en el núm. 1 del RD 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Notarios -30,00 €- (art. 10 de la Ley 41/2007, que modifica el art. 8 de la LSMPH). Con ocasión de este bloque de reformas normativas se preveía también la regulación de las denominadas hipotecas inversas, la hipoteca de máximo, la hipoteca «recargable» y del seguro de dependencia, como medidas que tienden a contribuir a la protección de las situaciones de dependencia.

La tramitación parlamentaria del referido Proyecto de Ley dio como fruto la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, *por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario y otras normas reguladoras del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria*⁶, cuyos arts. 7 a 9 regulan el régimen de compensación por amortización anticipada de los créditos o préstamos hipotecarios. Asimismo, su art. 13 da una nueva redacción a los arts. 2 y 4 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, *de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios*, posibilitando la subrogación forzosa de la entidad acreedora a solicitud del deudor; así como la modificación de las condiciones financieras del préstamos hipotecario –intereses remuneratorios y moratorios- y el plazo de amortización del préstamo. Asimismo, se da una nueva redacción a los arts. 12 –inscripción del derecho real de hipoteca-, 130 –ejecución sobre la base de los extremos contenidos en el título que

5 BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, de 9 de marzo de 2007.

6 BOE núm. 294, de 8 de diciembre de 2007.

se hayan recogido en el asiento- y 149.I –atinente a la cesión de la titularidad activa del derecho real de hipoteca que garantice un crédito, exigiéndose escritura pública e inscripción registral- de la LH, a la que se incorpora un nuevo precepto, el art. 153.bis, en el que se regula la hipoteca de máximo, como una hipoteca de seguridad, no necesariamente vinculada al saldo de una cuenta de crédito⁷.

2. Publicidad e información al prestatario

La Orden de 5 de mayo de 1994, *sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios*, consciente de que la premisa fundamental para el buen funcionamiento de cualquier mercado y, a la postre, la forma más eficaz de proteger al demandante de crédito en un mercado con múltiples oferentes, reside en facilitar la comparación de las ofertas de las distintas entidades de crédito, estimulando así la efectiva competencia entre éstas, tiene como finalidad primordial garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios. En dicha Orden se presta especial atención a la fase de elección de la entidad de crédito, exigiendo a ésta la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos (art. 3).

La Orden de 5 de mayo de 1994 pretende también facilitar al cliente de la entidad de crédito la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. De aquí la exigencia de que tales contratos, sin perjuicio de la libertad de pactos, contengan un clausulado financiero estandarizado en cuanto a su sistemática y contenido, de forma que sean comprensibles por el prestatario (art. 6 y Anexo II). A esta adecuada comprensión

7 Una síntesis de las novedades contenidas en la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, puede verse en RUBIO TORRANO, E.: «De la Ley que define la hipoteca inversa y regula otras muchas cosas», *Aranzadi Civil*, núm. 17, enero de 2008 (Sección «Tribuna»); y, más ampliamente, GÓMEZ GÁLLIGO, J.: «Principios generales de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero», en *Jornadas sobre la Ley por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario*, *op. cit.*, págs. 15 a 60; y, PARRA LUCÁN, M^a Á.: «Los principios generales de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario», *RCDI*, núm. 711, 2009, págs. 261 a 352.

deberá colaborar el Notario que autorice la escritura de préstamo hipotecario, advirtiéndolo expresamente al prestatario del significado de aquellas cláusulas que, por su propia naturaleza técnica, pudieran pasarle inadvertidas (art. 6.3). Desde el momento en que entró en vigor la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, *de medidas de reforma económica*⁸ (procedente del RD Ley 2/2003), en el caso de préstamos con garantía hipotecaria con intereses a tipo variable, las entidades de crédito están obligadas a informar al deudor hipotecario de los instrumentos de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles, estando obligadas las entidades de crédito a ofrecer, cuando menos, uno de estos instrumentos, cuyas características habrán de constar en la oferta vinculante y en el folleto informativo (art. 19 de la Ley 36/2003). La contratación de estos productos de cobertura de riesgo de subida del tipo de interés no supondrá la modificación del contrato de préstamo original. Con frecuencia estos instrumentos de cobertura del riesgo ofrecidos por las entidades de crédito a sus clientes, deudores hipotecarios, han albergado prácticas comerciales abusivas, pues ofrecidos con la apariencia de un «seguro», han supuesto la aplicación, en la práctica, de un tipo de interés fijo durante un lapso de tiempo, que ha impedido al cliente beneficiarse de la bajada del tipo de interés de referencia. Ha de recordarse también, a propósito de los deberes de información que recaen sobre los Notarios autorizantes de escrituras públicas de constitución de hipotecas que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 23 de la LCGC, han de advertir de la aplicabilidad de esta Ley, tanto en sus aspectos generales, como en cada caso concreto, velando por el cumplimiento de los requisitos de incorporación de cláusulas contractuales de condiciones generales que resultan de lo dispuesto en los arts. 5 y 7 de la LCGC. Asimismo, en el caso de que se trate de un contrato de consumo, por ostentar la condición de consumidor el prestatario, el art. 84 del TRLGDCU prescribe que los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

La Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de los préstamos hipotecarios, [en adelante, LSMOH] establece a cargo de la entidad financiera que

8 BOE núm. 271, de 12 de noviembre de 2003.

esté dispuesta a subrogarse como acreedora en un contrato de préstamo hipotecario en vigor la obligación de presentarle al deudor –tenga éste, o no, la consideración de consumidor- una *oferta vinculante* en la que constarán las condiciones financieras del préstamo (art. 2.II). Una obligación similar incumbe a las empresas que realizan actividades de intermediación en la celebración de contratos de préstamo o crédito hipotecario, a tenor de lo dispuesto en el art.16 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo.

Los aspectos atinentes a la información que las entidades financieras han de ofrecer a los clientes en la actualidad resultan afectados por la *Ley de reforma del Mercado Hipotecario* de 7 de diciembre de 2007, una de cuyas líneas de acción está constituida por la modernización del régimen de protección del consumidor mediante «*la búsqueda de una transparencia más efectiva, que permita a los prestatarios tomar sus decisiones en función del riesgo real de los productos y la mejora de los instrumentos de financiación*» –junto con la eliminación de los obstáculos a la oferta de nuevos productos- (párrafo final del §.I de su Exposición de Motivos).

El Capítulo I de la citada Ley 41/2007, *de reforma del Mercado Hipotecario*, relativo a la transparencia en la contratación de créditos y préstamos hipotecarios, establece precisamente como objetivo básico modernizar el régimen de protección mediante la búsqueda de una transparencia más efectiva, que permita a los prestatarios tomar sus decisiones en función del riesgo real de los productos. Por esta razón, se modifica la habilitación que, hasta el momento de entrada en vigor de la reforma, tenía atribuida el Ministro de Economía y Hacienda para dictar las normas que aseguren que, en los contratos se contienen explícitamente y con claridad los compromisos y derechos de las partes, ampliando esta habilitación para que el Ministro de Economía y Hacienda pueda regular, en especial, las cuestiones referidas a la transparencia de las condiciones financieras de los créditos o préstamos hipotecarios (nuevo contenido de la letra *a*) del art. 48.2 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito de 1988)⁹.

9 Esta previsión es cónsone con el contenido de la Resolución del Parlamento Europeo sobre la información precontractual en los préstamos hipotecarios (Resolución del Parlamento Europeo 2006/2102 [INI], de 14 de noviembre de 2006, sobre el crédito hipotecario en Europa).

Asimismo, se establece una referencia explícita a la *información precontractual* que las entidades de crédito deben poner a disposición de sus clientes a fin de asegurar que éstos, a la hora de contratar los diferentes productos bancarios, quienes dispondrán de los datos más relevantes sobre sus características, para así estar en disposición de formarse una opinión fundada sobre ellos y poder prestar un consentimiento contractual razonado. A estos efectos se añade una nueva letra, la *b*), al art. 48.2 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, del siguiente tenor –habilitando al MEyH-: «*Determinar la información mínima que las entidades de crédito deberán facilitar a sus clientes con antelación razonable a que estos asuman cualquier obligación contractual con la entidad o acepten cualquier contrato u oferta de contrato, así como las operaciones o contratos bancarios en que tal información precontractual será exigible. Dicha información tendrá por objeto permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos propuestos y evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y, cuando pueda verse afectada, a su situación financiera*».

La idea fundamental que subyace en la reforma es que los potenciales tomadores de un crédito con garantía hipotecaria adopten sus decisiones en función de los riesgos reales y con más información, sin coste añadido, pudiendo comparar entre los distintos productos que ofrecen, en el mercado, las distintas entidades financieras. Con la referida finalidad, se habilita al Ministro de Economía y Hacienda para que pueda determinar la información mínima que las entidades de crédito deben facilitar a sus clientes con anterioridad a la firma de cualquier contrato. Esta información precontractual debe permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos sobre los que puede contratar –en particular los costes financieros de los mismos- y evaluar si tales productos se ajustan a sus necesidades y a su situación financiera.

La finalidad de dotar al cliente de información completa en la fase precontractual, se completa con las medidas de fomento de la información acerca de los costes de transacción de las operaciones del mercado hipotecario.

3. Las cláusulas sobre tipos de interés

3.1. Los intereses en los préstamos hipotecarios que gravan una vivienda

Los préstamos hipotecarios que graven una vivienda, siendo el prestamista una entidad de crédito y el prestatario una persona física y cuyo importe sea igual o inferior a 150.253,03 € (o a su equivalente en divisas) están regulados por una Orden de 5 de mayo de 1994, *sobre Transparencia de las Condiciones Financieras de los Préstamos Hipotecarios* y son objeto de atención también de las Circulares del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre; 5/1994, de 22 de julio y 7/1999, de 29 de junio. La precitada Orden de 5 de mayo de 1994 establece un clausulado financiero estandarizado para los préstamos hipotecarios que son objeto de la misma, una de cuyas cláusulas se refiere precisamente a los intereses ordinarios que devengue el préstamo (art. 6 y Anexo II, 3ª y 3ª bis), en donde se precisa que se hará constar el tipo de interés nominal anual aplicable al préstamo, especificándose si es fijo o si tiene el carácter de variable a lo largo de la duración del contrato. En el primer caso se fijará su valor en una cifra que refleje el tanto por ciento nominal anual. En el caso de que el tipo de interés sea variable se expresará, generalmente, como suma de un diferencial o margen financiero o tipo de interés constante y de un índice o tipo de interés de referencia cuya definición habrá de constar en el contrato de préstamo, al igual que la entidad que lo elabore y la periodicidad o forma en que se hace público y es susceptible de conocimiento por el prestatario. Habrán de constar también en el contrato los límites máximo y mínimo del interés variable, así como la fecha de inicio de devengo de los intereses y la periodicidad y forma de su liquidación ordinaria. La DA 2ª de la precitada OM de 5 de mayo de 1994 y, también, la DA 2ª de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, *sobre Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecario*, que añade un apartado e) al art. 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, *de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*, instan al Banco de España para que, mediante Circular, defina índices o tipos de interés de referencia de carácter oficial, susceptibles de ser aplicables por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios de interés variable. Fruto de este mandato es la Circular del Banco de España 5/1994, de 22 de julio, en la que se establecen varios tipos de referencia oficiales, de entre los que destacan por su uso frecuente en la práctica, el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedido por el conjunto de las entidades de crédito, el tipo activo de referencia de las cajas de ahorro (CECA), el tipo de interés del mercado interbancario a un año (MIBOR); a los que la Circular 7/1999, de 29 de junio, ha añadido el tipo de interés interbancario en la Unión Europea (EURIBOR), llamado a sustituir al MIBOR con la implantación de la

moneda única (art. 32 de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, *sobre introducción del Euro*, que ha de completarse con las previsiones contenidas en la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 1 de diciembre de 1999 [BOE núm. 290, de 4 de diciembre] sobre la fórmula de cálculo del tipo de interés del mercado interbancario a un año). El «Tipo interbancario a un año» (MIBOR) ha dejado de tener la consideración de tipo de referencia oficial del mercado hipotecario para las operaciones formalizadas después de la entrada en vigor de la OM de 1 de diciembre de 1999, sobre la *fórmula de cálculo del tipo de interés del mercado interbancario a un año (Mibor)*¹⁰.

La comunicación por las entidades de crédito a sus clientes de las modificaciones de los tipos de interés cuando utilicen estos índices se entiende realizada mediante la publicación de los mismos mensualmente en el BOE, siendo ésta una obligación que recae sobre el Banco de España. En los casos en que no se utilicen tales tipos objetivos oficiales o se prevea contractualmente la necesidad de notificación personal, el modo en que ha de realizarse ésta se puede prever contractualmente. Mensualmente y mediante Resolución publicada en el BOE, el Banco de España hace públicos los índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda. La definición y forma de cálculo de estos índices se recoge en las Circulares del Banco de España 5/1994, de 22 de julio¹¹, 7/1999, de 29 de junio¹² y 1/2000, de 28 de enero¹³.

3.2. La constancia registral del pacto de intereses en los préstamos hipotecarios

a) Las cláusulas de vencimiento anticipado y las cláusulas financieras, ¿son inscribibles?

Del conjunto de las cláusulas que constan en la escritura pública de constitución de la hipoteca, se inscriben todas aquellas que son precisas para dar cumplimiento al principio de especialidad registral y, en particular, todas aquéllas que hacen referencia a

10 BOE núm. 290, de 4 de diciembre de 1999.

11 BOE de 3 de agosto de 1994..

12 BOE de 9 de julio de 1999.

13 BOE del 10 de febrero de 2000.

las circunstancias enunciadas en los arts. 9 de la LH y 51 del RH¹⁴. La regla establecida, hasta la fecha, por diversas Resoluciones de la DGRN respecto de las cláusulas de los contratos de constitución de hipotecas inscribibles, parte de la distinción entre el derecho real de hipoteca –que es el objeto de inscripción- y el contrato de crédito o de préstamo garantizado con aquel derecho real, de manera que la inscripción de los pactos relativos a la obligación garantizada viene limitada a los imprescindibles para dar a conocer, a terceros, la extensión del derecho real de de hipoteca¹⁵.

De conformidad con las previsiones de la LH y de su Reglamento son pactos o cláusulas contractuales inscribibles, además de las mencionadas en el art. 12 de la LH, las siguientes: **1º** Las relativas a la extensión de la hipoteca en cuanto al objeto gravado (art. 111 LH, en relación con el art. 134 LH, así como el art. 107.2º LH, sobre la extensión al usufructo en la hipoteca de nuda propiedad); así como las cláusulas de estabilización (art. 291 del RH), de distribución del crédito o de la responsabilidad hipotecaria (arts. 119 y ss. de la LH) y de asunción de deuda en caso de venta de la finca hipotecada (art. 118 de la LH). **2º** Las cláusulas relativas a la extensión objetiva de la hipoteca (arts. 109 a 113 de la LH). **3º** Las cláusulas de aseguramiento de la obligación de intereses en perjuicio de tercero, en los límites del art. 114 de la LH. **4º** Las cláusulas *relativas a la ejecución*: la ejecución por certificación del saldo de operaciones (arts. 572.2 y 573 LECiv), así como a la tasación y a la determinación del domicilio a efecto de notificaciones (art. 682 de la LECiv), el pacto relativo a la percepción de rentas vencidas y no satisfechas en la administración de la finca hipotecada (art. 690 de la LECiv), el pacto relativo a la determinación del saldo deudor (art. 695 de la LECiv) y el convenio sobre venta extrajudicial del bien hipotecado (art. 129 de la LH). **5º** El pacto de *concreción de responsabilidad* al valor de los bienes gravados (art. 140 de la LH), la inscripción de los *convenios que puedan destruir la eficacia* de la hipoteca (art. 144 de la LH). **6º** Los pactos sobre la duración de la hipoteca (arts. 82 y 153.bis de la LH); y, **7º** Ciertos pactos sobre *cancelación por caducidad* de las inscripciones de hipoteca (el art. 82 «*in fine*» de la LH y el art. 157.IV de la LH).

14 Vid. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M^a: *Las cláusulas no inscribibles en el contrato de préstamo hipotecario*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2006, págs. 17 y ss.

15 Vid. CORDERO LOBATO, E.: «*Proyectadas novedades en materia hipotecaria*», AJA, núm. 732, 2007.

La Exposición de Motivos de la Ley 41/2007, anuncia 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*» (§.VII, párrafo 4º). Sin embargo, el pomposo anuncio de la parte expositiva de la Ley no se corresponde con el contenido regulador finalmente aprobado.

A efectos de que la garantía hipotecaria se extienda a los intereses a cuya exigencia tenga derecho, en virtud de pacto, el acreedor hipotecario, y de conformidad con los postulados del principio de especialidad, el art. 12 de la LH –reformado por la Ley 41/2007 y cuyo objeto es la regulación del contenido de la inscripción del derecho real de hipoteca– exige que en las inscripciones registrales de las hipotecas, cualquiera que sea el acreedor hipotecario, se determine no sólo el importe principal de la deuda o crédito garantizado, sino también el de los intereses si se hubiesen estipulado (especificación que ha de completarse con las previsiones de los arts. 114, 115 y 147, todos de la LH), o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración –este último inciso ha sido añadido por el art. 11 de la Ley 41/2007–.

La reforma del art. 12 de la LH tiene como finalidad 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 (párrafo 4º del §.VII de la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007)¹⁶. Sin embargo, el objeto pretendido

16 La no inscribibilidad de los pactos de vencimiento anticipado ha sido defendida a ultranza por GARCÍA GARCÍA, J. M.: «Un problema de hipoteca: unas cláusulas de vencimiento anticipado y de interés variable no inscribibles», en *RCDI*, núm. 582, septiembre/octubre de 1987, pág. 1523. La tesis contraria, partiendo de la validez de estos pactos, aun cuando sean de naturaleza obligacional, es sostenida por DE PRADA, J. M.: «Inscribibilidad de las cláusulas de los créditos hipotecarios», *La Ley*, 1989-II, págs. 1122 y 1123.

y anunciado en la Exposición de Motivos no se consigue. En efecto, el párrafo 2º del art. 12 LH no puede ser interpretado en el sentido de obligar al Registrador a inscribir todas las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos bancarios de préstamo con garantía hipotecaria, tengan o no contenido real, puesto que ello supondría privar de relevancia al segundo inciso, que impone su inscripción «*en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real*» tal y como ha sido finalmente aprobado –la supresión de este segundo inciso se defendió por el Grupo Parlamentario Popular en la tramitación del Proyecto de Ley en el Senado, sin que se hubiese estimado la correlativa enmienda¹⁷–.

El texto de art. 12 de la LH finalmente aprobado supone una ampliación de las cláusulas contenidas en el título constitutivo de la hipoteca inmobiliaria inscribibles, sobre las previsiones del *Proyecto de Ley* de que trae causa la Ley 41/2007. A tenor del *Proyecto de Ley*, que ponía coto a la sobreabundancia de la información tabular, profundizando en la abstracción de la garantía real, sin perjuicio del rango de la hipoteca, el párrafo 2º del art. 12 de la LH sería del siguiente tenor, «*en el Registro de la Propiedad sólo podrán inscribirse las cláusulas del contrato de préstamo o crédito o cualquier otra obligación garantizados con hipoteca previstas expresamente por la Ley*». De esta forma, únicamente el principal de la deuda -y, en su caso, 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 serían inscribibles, salvo que la Ley dispusiera, expresamente, otra cosa –esto es, dispusiera expresamente su inscripción-. El precepto suponía establecer un principio de tipicidad de las cláusulas inscribibles, situando la decisión acerca de la inscripción fuera del marco o del ámbito de la labor de calificación del Registrador¹⁸. Así las cosas, no serían inscribibles las cláusulas relativas a las obligaciones que, con frecuencia, asumen los deudores hipotecarios que tienen la

17 Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado de 14 de noviembre de 2007, núm. 535, pág. 7.

18 Así se pronuncian, SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B.: «Acceso registral de las cláusulas del préstamo hipotecario antes y después de la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario», en *Jornadas sobre la Ley por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario*, op. cit., pág. 119; GÓMEZ JENÉ, F. J.: «Calificación registral de las hipotecas», en *Financiación de la vivienda, calificación hipotecaria y protección de los consumidores tras la Ley 41/2007, de regulación del mercado hipotecario*, Ed. CRPyME, Madrid, 2009, pág. 47.

condición de consumidores (*v.gr.*, constitución de seguros –de amortización del préstamo, de daños al inmueble gravado, etc.–, pago de impuestos, pago de cuotas derivadas de gastos de la propiedad horizontal constituida sobre el inmueble, etc.) e incluso las cláusulas de vencimiento anticipado del préstamo garantizado con la hipoteca que, como acabamos de referir, sí deben hacerse constar en la inscripción registral de la hipoteca. La razón de ser de esta norma estaba justificada en tanto que la información que facilitan es inútil para el tráfico, y ello por cuanto sólo es relevante en la ejecución de la hipoteca, momento en el que sería sustituida por la posibilidad de integración extrarregistral del título constitutivo para determinar las causas de vencimiento pactadas cuando sí se admite (incluso antes la reforma del art. 130 de la LH llevada a cabo también por la Ley 41/2007) y para determinar el importe adeudado (como sucede con la certificación del saldo, *ex arts.* 572.2 y 573 de la LECiv) o la titularidad del crédito (como sucede en la hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador regulada en el art. 154 de la LH).

Entonces, desde la posición inicial del *Proyecto de Ley*, en el que se acogía la tesis favorable a un contenido escueto de la inscripción de la hipoteca y de la posibilidad de ejecutar sobre la base de las cláusulas incluidas en la escritura de constitución de la hipoteca, aún sin reflejo registral, hasta la postura finalmente acogida en la Ley 41/2007, se ha producido una mutación significativa¹⁹. El texto del, finalmente aprobado, art. 12 de la LH no deja de constituir una reedición de la línea histórica, conforme a la cual acceden al Registro de la Propiedad las cláusulas de contenido real y la ejecución cabe sólo con fundamento en las cláusulas de la escritura inscritas y ello como consecuencia a los temores, más o menos subyacentes, a la admisión de la denominada hipoteca independiente en nuestro Derecho hipotecario.

La redacción del párrafo 1º del art. 12 de la LH, con apenas un pequeño matiz respecto del tenor literal que acabó convirtiéndose en Ley, se sugirió por la Asociación Hipotecaria Española -«AHE»- en su informe sobre el *Anteproyecto de Ley* elaborado en diciembre de 2006, pero en la propuesta no se contenía el discordante párrafo 2º. La AHE, tras constatar que «*la práctica diaria pone en evidenciara que los múltiples productos absolutamente estandarizados que se*

19 En este sentido se pronuncia AZOFRA, F.: «La reforma de la Ley Hipotecaria: las oportunidades perdidas», *La Ley*, núm. 6909, 24 de marzo de 2008.

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 Registros de la Propiedad», considera en su informe que el precepto propuesto debía 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».

Es el Registrador el que debe entonces, en su función calificadora del título inscribible, *ex art. 18 de la LH*, determinar cuáles de las cláusulas contenidas en el título de constitución de la hipoteca, por tener trascendencia real, tienen acceso al Registro de la Propiedad, debiendo hacerse constar en el asiento registral. La RDGRN de 19 de abril de 2006²⁰ -en la que se niega que la calificación del registrador pueda extender a todo tipo de cláusulas abusivas- concretaba el objeto de la calificación registral, señalando que se extiende a las cláusulas contractuales con trascendencia real y no a las puramente financieras con trascendencia exclusivamente obligacional²¹ -lo que supone desconocer que esta labor de escrutinio de las cláusulas con trascendencia real forma parte de la labor de calificación y la denegación de inscripción de las obligacionales, por esta razón, ha de hacerse constar en la nota de calificación, a efectos de no provocar indefensión en la parte que pretende la inscripción del contenido del título que presenta al Registrador de la Propiedad²²-, en los siguientes términos:

20 BOE núm. 128, de 30 de mayo de 2006. Más recientemente esta doctrina registral se reproduce en la RDGRN de 24 de julio de 2008 [R] 2008\7718], primera de las dictadas resolviendo un recurso en el que resultaba de aplicación la Ley 41/2007.

21 Parecer compartido expresamente por GÓMEZ GÁLLIGO, J.: *La calificación registral (Epílogo)*, Civitas, Cizur Menor, 2008, pág. 46.

22 En efecto, como señala PRETEL SERRANO, sostener, como hace la DGRN que las cláusulas obligacionales quedan al margen de la nota de calificación o, en su caso, del despacho de inscripción, supone privar a los particulares de la posibilidad de recurrir estos actos del Registrador, atribuyendo a éste una facultad arbitraria en su actuación y ello por cuanto, de conformidad con las previsiones de los arts. 19.bis, 322, 324 y 326 de la LH, solamente pueden recurrirse extremos concretos de la nota de calificación en los que se haya hecho constar la causa impeditiva, suspensiva o denegatoria. *Vid.* PRETEL SERRANO, J. J.: «La calificación registral y su alcance», *RCDI*, núm. 712, 2009, pág. 747.

«El registrador confunde dos conceptos: cláusulas no inscribibles por carecer de trascendencia jurídico real y que, por tanto, no deben acceder al registro y respecto de las que el registrador ha de limitarse a declarar su no inscribibilidad por tal motivo; y cláusulas con trascendencia jurídico real inmobiliaria que deben inscribirse si son conformes al ordenamiento jurídico, y respecto de las que el registrador ha de ejercer su calificación, en los términos previstos en el art. 18 de la Ley Hipotecaria y, en este particular supuesto, 258.2 del mismo texto. Por tanto, resulta un prius lógico exigible al registrador que éste determine qué cláusulas no se inscriben por carecer de tal trascendencia jurídico real y qué cláusulas sí son inscribibles, previa su calificación. [...] [L]a calificación que debe efectuar, como núcleo de su función pública, tiene una premisa previa y es que la misma se extiende a aquellos pactos que tienen trascendencia jurídico real inmobiliaria, ya que son los únicos que deben acceder al Registro de la Propiedad; de ese modo, calificación, como actuación jurídica que, primero ha de depurar lo que tiene tal trascendencia y lo que no y, segundo, como control de legalidad para determinar si lo inscribible puede acceder al Registro, constituyen el marco y límites a que debe sujetarse la actuación del funcionario calificador».

En consecuencia, el Registrador debe determinar, en un primer momento, qué cláusulas tienen trascendencia real y, en consecuencia, son inscribibles y, dentro de éstas, determinar si se ajustan o no a la legalidad, procediendo a la inscripción de aquéllas que superen este segundo tamiz y denegando la inscripción de las que califique como nulas por contrariar normas de Derecho imperativo. Para determinar las cláusulas de trascendencia real, además de acudir a las previsiones de la LH y de su Reglamento que se han enunciado, el Registrador debe atender a distintos criterios que le llevarán a concluir que una determinada cláusula del préstamo hipotecario está dotada, o no, de trascendencia real y, en consecuencia, previo control de legalidad, deba ser objeto de inscripción.

La inclusión del inciso *«en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real»* en el segundo párrafo del art. 12 LH abre nuevamente la puerta a la *«soberana inteligencia del Registrador»* a la que se refiere CARRASCO respecto de la determinación de las cláusulas contractuales inscribibles²³, pues

23 CARRASCO PERERA, Á: «Las nuevas hipotecas», *Expansión*, 2 de enero de 2008.

prescribe que sólo se harán constar las cláusulas financieras en caso de calificación registral favorable de las cláusulas con trascendencia real. En su redacción vigente, el párrafo 2º del art. 12 de la LH precisa que las cláusulas de vencimiento anticipado y las demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a que se refiere el art. 2 de la LMH –bancos y entidades oficiales de crédito (de acuerdo con sus estatutos), cajas de ahorro, cooperativas de crédito y establecimientos financieros de crédito–, en el caso de que hayan sido objeto de una calificación registral favorable aquéllas que tengan trascendencia real, se harán constar en el asiento registral en los términos que resulten de la escritura pública de formalización –el título constitutivo del préstamo con garantía hipotecaria–.

En la tramitación parlamentaria del *Proyecto de Ley*, en el Congreso de los Diputados, los Grupos Parlamentarios de «Izquierda Unida», «Popular», «Catalán» y «Esquerra Republicana» hicieron suya la sugerencia de la AHE, en lo que no deja de ser una curiosa coincidencia. Los Grupos Popular y Catalán justificaron la enmienda de supresión del segundo párrafo de la modificación del art. 12 de la LH propuesto en 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 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 trascendencia real, se está, en realidad, reeditando la situación normativa vigente antes de la reforma, en la que el Registrador inscribe sólo las cláusulas con alcance real (art. 51.6.^a del RH). En igual error incurrió también la enmienda núm. 120 del Grupo Parlamentario de «Esquerra Republicana» al 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.

Esta última afirmación se asienta en la inteligencia de que, aun cuando una lectura literal del párrafo 2º del art. 12 de la LH pareciera imponer la constancia registral de las cláusulas de vencimiento anticipado y de las cláusulas financieras de los contratos bancarios de préstamo con garantía hipotecaria inmobiliaria, en los términos que resulten del título de constitución, en el caso de considerarse cláusulas con trascendencia real, ello no es así. Es cierto que esta interpretación 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»-. La referencia a «*las cláusulas de trascendencia real*» (o «*las cláusulas de contenido real*» en la Exposición de Motivos) parece aludir a «*otras*» cláusulas, distintas de las de vencimiento anticipado y financieras, a las que se refiere la primera parte del párrafo 2º del art. 12 LH, pues si se refiriera efectivamente a las de vencimiento anticipado y financieras, debería haber dicho simplemente «*en caso de calificación registral favorable de aquellas de trascendencia real*», o una expresión de contenido y significado similar a ésta.

En cuanto a las cláusulas de vencimiento anticipado –partiendo de la premisa constituida por su validez abstracta incluso en los contratos de consumo formados en virtud de condiciones generales, cláusulas predispuestas o no negociadas individualmente como se expone *infra* §.III y avalada por el tenor del art. 693.2 de la LECiv para el caso de vencimiento anticipado en caso de falta de alguno de los plazos, lo que no supone limitar la posibilidad y validez de otros pactos de vencimiento anticipado por otro tipo de incumplimientos contractuales (*v.gr.*, no constituir el seguro del bien hipotecado o no pagar las primas de éste²⁴, por deterioro del bien hipotecado, por insolvencia del deudor, por hechos o circunstancias que

24 RDGRN de 22 de julio de 1996 [RJ 1996\5617].

supongan un riesgos para la subsistencia y el rango de la hipoteca²⁵, etc.)- debe recordarse que, a los efectos establecidos en el art. 9.2ª de la LH, en el que se enuncian las circunstancias que deben expresarse en las inscripciones registrales, no son condiciones resolutorias del derecho real de hipoteca inmobiliaria –en cuyo caso el citado precepto exige su constancia registral-, sino de la obligación asegurada, que, aunque se comuniquen al derecho real hipoteca en virtud de la accesividad que caracteriza a éste, no por ello se convierten en cláusulas contractuales respecto de las que la ley exija su constancia registral²⁶. En efecto, parece adecuado a Derecho partir de la premisa a tenor de la cual son pactos de vencimiento anticipado inscribibles aquéllos que estén fundados en la naturaleza de la hipoteca y siempre que sean válidos y justificados en la legítima protección de derechos del acreedor, no siéndolo cualquier pacto de naturaleza obligacional, lo

25 La RDGRN de 2 de octubre de 2006 [RJ 2006\8196] revocó la calificación del Registrador que había denegado la inscripción de la cláusula de vencimiento anticipado del crédito hipotecario en el caso de subrogación de otra entidad en el préstamo garantizado con la primera hipoteca. Razona la DGRN que no concurren razones para la no inscripción de este pacto, siendo posible el acceso al Registro de la Propiedad de cláusulas de vencimiento anticipado que, como ésta, hacen referencia a hechos o circunstancias que suponen un riesgo para la subsistencia y el rango de la garantía. Sobre esta RDGRN, *vid.* BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E.: «Cláusulas de vencimiento anticipado de un préstamo hipotecario. RDGRN de 2 de octubre de 2006», *Ar.Civ.*, núm. 10, 2007.

26 La validez de las cláusulas de vencimiento anticipado de los préstamos con garantía hipotecaria ha sido confirmada por la STS, Sala de lo Civil, de 12 de diciembre de 2008 [La Ley 2009\193661], que viene a corregir la doctrina plasmada en la STS de 27 de marzo de 1999 [RJ 1999\2371]. En esta última Sentencia, el TS se hace eco de que en los últimos años se han generalizado en los préstamos hipotecarios la incorporación de cláusulas que pueden precipitar los vencimientos anticipados de los préstamos y de sus garantías, preguntándose si tales cláusulas son válidas, para concluir que la condición resolutoria de los préstamos hipotecarios constituye un pacto contrario a normas imperativas (a diversos preceptos del CC y a los arts. 127 y 135 de la LH, a los que se opone frontalmente). Por lo tanto, se califica como un pacto nulo, subsumible en el supuesto general de nulidad de pleno derecho que enuncia el art. 6.3 del CC. Este parece jurisprudencia fue objeto de críticas doctrinales, entre las que puede verse, PRATS ALBENTOSA, L.: «Préstamo hipotecario. Incumplimiento y pretendida nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado. Comentario a la STS de 27 de marzo de 1999», en *RD-Pat*, núm. 3, 1999, págs. 459 a 477; DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: «Comentario del artículo 693 de la LECiv», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. III, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000 (2ª edic.), pág. 3538; CALVO GONZÁLEZ-VALLINAS, R.: *Las cláusulas de la hipoteca*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2006, págs. 132 y ss.

que supondría desnaturalizar la hipoteca²⁷. Esta última afirmación se cohonestaba con la consideración de la existencia de pactos de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario que no son inscribibles *–rectius*, no lo eran con anterioridad a la reforma que nos ocupa-, como acontece con los siguientes: 1º) Pactos que carecen de trascendencia real por establecerse la consecuencia del vencimiento anticipado vinculada a incumplimientos de obligaciones que no se derivan del contenido de la hipoteca (*v.gr.*, la obligación del deudor hipotecario que tenga la condición de empresario, de presentar anualmente el balance y la cuenta de explotación o presentar los informes relativos a la situación de la empresa²⁸). 2º) Pactos que infringe algún principio registral. Así acontece con el pacto de vencimiento anticipado en el caso de que el valor del inmueble gravado disminuya a juicio de peritos, de forma que no cubra el importe garantizado, en tanto que vulnera el principio de determinación (RDGRN de 8 de noviembre de 1993 [RJ 1993\9114]). 3º) Pactos de vencimiento anticipado por incumplimiento del deudor de la obligación de asegurar algún siniestro que no puede afectar al acreedor (*v.gr.*, contratar un seguro de pedrisco cuando la hipoteca no se ha extendido a los frutos).

A tenor de la nueva redacción del art. 12 de la LH, se impone al Registrador la constancia registral de las cláusulas de vencimiento anticipado y financieras 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? La aplicación del canon hermeneutico reflejado en el brocardo *«inclusio unius est exclusio alterius»* podría permitir sostener esta interpretación. Sin embargo, una prohibición de inscripción registral de cláusulas de vencimiento anticipado de trascendencia real en contratos de constitución de hipotecas 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 (*ex arts.* 9.2 de la LH y 51.6ª del RH) habría exigido una norma expresa, que no existe. Pero si las cláusulas de vencimiento anticipado de contratos no bancarios con trascendencia real continúan teniendo

27 Postura preconizada, *v.gr.*, por ÁVILA NAVARRO, P.: *La hipoteca. Estudio registral de sus cláusulas*, Ed. CER, Madrid, 1990; y por GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, Mª: *Las cláusulas no inscribibles en el contrato de préstamo hipotecario*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2006, págs. 89 y ss.

28 RDGRN de 23 de octubre de 1987 [RJ 1987\7660].

acceso al Registro de la Propiedad, previa calificación registral favorable, debe buscarse el significado y alcance normativo de la nueva norma.

Las RRDGRN de 21 de diciembre de 2007²⁹ y de 1 de febrero de 2008³⁰ [RJ 2008\633] -cuya doctrina es reiterada en las posteriores de 8³¹, 18³², 22, 28³³ y 29 de febrero de 2008, de 14, 15³⁴, 19³⁵, 22³⁶, 24³⁷ y 25³⁸ de marzo de 2008 y de 6³⁹ y 26 de mayo de 2008⁴⁰, entre otras- proponen una interpretación del precepto que nos ocupa diversa de la que ha sido expuesta. La DGRN entiende que el inciso referente a «*las cláusulas de contenido real*» usado en la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007 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. 1º de la LH)*». De aquí 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 real, pues parte de la conocida doctrina, que se reitera en las referidas Resoluciones, de conformidad con la cual, el Registrador sólo puede calificar y, por lo tanto, inscribir, si su calificación es favorable, las cláusulas de trascendencia jurídico-real inmobiliaria⁴¹:

29 BOE núm. 13, de 15 de enero de 2008, págs. 2851 y ss.

30 BOE núm. 48, de 25 de febrero de 2008, págs. 11274 y ss.

31 RJ 2008, 639.

32 RJ 2008\642

33 RJ 2008\1481

34 RJ 2008\807

35 RJ 2008\1483

36 JUR 2008\112618

37 JUR 2008\112619

38 JUR 2008\112622

39 RJ 2008\2796

40 RJ 2008\2800

41 Tesis sostenida también por MARTÍNEZ GIL-VICH, J. L.: «La hipoteca flotante», *El Notario del siglo XXI*, enero-febrero 2008, págs. 152 y 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.»

Esta interpretación supone alterar de raíz la línea doctrinal defendida, hasta ahora, por la propia DGRN, *v.gr.*, en sus Resoluciones de de 20 de mayo y de 5 de junio de 1987 [RJ 1987, 3926 y 4835], en las 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 modalizar 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)*».

Siguiendo la doctrina de la DGRN, el contenido del art. 12 de la LH, tras su reforma, ha alterado el proceso de calificación registral que hasta ahora estaban llevando a cabo los Registradores. Por un lado, esta labor parece haberse visto limitada en cuanto a su ámbito de aplicación, respecto de las cláusulas financieras y

los pactos de vencimiento anticipado, pues ya no deben ser objeto de la calificación. En efecto, del nuevo párrafo 2º del art. 12 de la LH se deriva que las cláusulas de vencimiento anticipado y las demás financieras insertas en contratos bancarios no tienen ninguna trascendencia real y, por lo tanto, no deben calificarse ni inscribirse. Estas cláusulas sólo se podrán «*hacer constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización*» cuando las cláusulas de trascendencia real sean calificadas favorablemente. Esto significa que a las cláusulas financieras se les está negando, «*ab initio*» cualquier tipo de trascendencia real; sin perjuicio de que aparezcan en la inscripción registral de la hipoteca⁴².

De conformidad con esta interpretación del art. 12 de la LH surgen, al menos, tres cuestiones a las que ha de darse respuesta; a saber:

1ª) ¿Cuáles son las cláusulas de trascendencia real que han de ser objeto de calificación y, en su caso, de inscripción?

La DGRN en las Resoluciones antes citadas -de 21 de diciembre de 2007, de 1 de febrero de 2008 y las que acogen su doctrina- delimita cuáles son las cláusulas de trascendencia real que pueden calificarse e inscribirse, restringiéndolas a las previstas en el párrafo 1º del art. 12 LH: las relativas a la determinación del importe del principal de la obligación garantizada, al importe de los intereses pactados, al importe máximo de responsabilidad y a la identificación de la obligación garantizada. Debe entenderse que la DGRN, con esta precisión, se está refiriendo a las cláusulas de contenido obligacional que tendrían trascendencia real, sin desconocer que en el título hipotecario existirán otras cláusulas de trascendencia real, como las referidas estrictamente al derecho real de hipoteca y a su constitución y que también serán objeto de calificación y de inscripción.

2ª) ¿La expresión «*se harán constar*» elimina toda posibilidad de calificación de las cláusulas financieras y de vencimiento anticipado?

42 Esta interpretación del precepto es sostenida, entre otros, por SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B.: «Las cláusulas del préstamo hipotecario: su acceso registral tras la Ley 41/2007», *La Ley*, núm. 6950, 21 de mayo de 2008.

La RDGRN de 21 de diciembre de 2007 -y las posteriores, ya citadas, que reiteran literalmente su doctrina- señala que como excepción y por la generalidad y especialidad de las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras existentes en el título constitutivo de la hipoteca a favor de las entidades financieras previstas en el art. 2 de la Ley 2/1981 (*v.g.r.*, cláusulas en las que se pactan intereses o comisiones no garantizados, facultades o apoderamientos, compromisos de naturaleza meramente obligacional, etc.), «*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 art. 12 de la LH— hubieran sido calificadas favorablemente*». Así las cosas, respecto de las cláusulas de vencimiento anticipado y de la cláusulas financieras lo que se hará es, no una «inscripción», sino una «transcripción» de lo que consta en la escritura pública de formalización del derecho real de hipoteca —de manera que su constancia registral lo es a los meros efectos de la denominada «publicidad noticia»⁴³. Respecto de dichas cláusulas no procede ninguna labor de calificación —lo que supone abrir las puertas del Registro

43 Comparte este parecer, *v.g.r.*, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, I.: «El título del crédito hipotecario: inscripción y ejecución (Alcance de la reforma introducida por la Ley 41/2007)», en *Hacia un nuevo Derecho hipotecario (Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario)*, Ed. Academia Sevillana del Notariado – Consejo General del Notariado, Madrid, 2008, pág. 174. La postura de la DGRN sobre la denominada publicidad noticia de las cláusulas financieras es criticada por VALERO FERNÁNDEZ-REYES al señalar que el efecto de este tipo de publicidad registral, que tiene carácter excepcional, solo es predicable respecto de situaciones especiales de las fincas que derivan de la ley (*v.g.r.*, situaciones urbanísticas, régimen de vivienda protegida, etc.), que tienen como finalidad colaborar en su conocimiento por el público, pero tales citaciones generan sus efectos propios con independencia a los libros del Registro. Este tipo de publicidad registral no conviene, a juicio del citado autor a las cláusulas financieras no garantizadas por la hipoteca, pues no son oponibles a terceros y responden exclusivamente a intereses económicos privados (*vid.* VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Á.: «Comentario a la Resolución de la DGRN de 24 de julio de 2008», en *Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo*, CER – Decanato Autonómico de Madrid, núm. 19, pág. 67).

No parece que pueda compartirse la interpretación de la norma que nos ocupa realizada por DELGADO RAMOS, a juicio de quien la calificación registral permite rechazar la inscripción de las cláusulas no garantizadas con la hipoteca, por carecer de trascendencia real, al tiempo que afirma que también rechazará aquéllas que, pese a tener trascendencia real vulneren algún precepto legal, ejemplificando con el art. 114 de la LH, en materia de intereses (*vid.* DELGADO RAMOS, J.: «Los principios hipotecarios tras la Ley 41/2007, de reforma del sistema hipotecario», en *www.notariosyregistradores.com*).

a cláusulas contractuales nulas de pleno derecho-, ni la inscripción, sino que el Registrador se limitará, sin más, a copiar en el asiento registral lo que aparece en la escritura pública de constitución del derecho real de garantía inmobiliaria⁴⁴, lo que redundará en la extensión de los asientos de inscripción hipotecaria. Así lo señalan expresamente las ya citadas RRDGRN de 28 y 29 de febrero de 2008 y de 6 de marzo de 2008:

«Para los supuestos de calificación registral que haya de realizarse una vez entrada en vigor la nueva norma, deberá el Registrador proceder no a la inscripción de tales cláusulas, sino a la transcripción de las mismas en los estrictos términos que resulten del título presentado, sin que pueda practicarse calificación alguna respecto de aquéllas».

Llama poderosamente la atención la idea de que en un sistema registral como el español, que es de inscripción, se haya introducido el mecanismo de la *transcripción*, inexistente hasta ahora y ello con el fin de dar respuesta a los intereses de las entidades financieras y, en teoría, dotar de mayor seguridad al tráfico jurídico y homogeneizar el contenido de las *«inscripciones»* del derecho real de hipoteca. Resta por determinar, pues se trata de una previsión normativa poco respetuosa con los conocidos principios de Derecho hipotecario –postula el acceso al Registro de la Propiedad de cláusulas obligaciones que no son propias del contenido de los asientos registrales de inscripción- y con el objeto de la calificación registral, *ex art. 18 de la LH*, cuáles son los efectos jurídicos que han de vincularse a la constancia registral de las referidas cláusulas de naturaleza obligacional, señalando la DGRN que se trata de una publicidad *«con efectos de mera noticia»*, que resulta aconsejable para el tráfico jurídico⁴⁵.

44 Se trata de una interpretación literal de la norma que asume, criticada, *v.gr.*, por BLASCO GASCÓ, F. de P.: «El crédito y las hipotecas: cláusulas del préstamo hipotecario y el Registro de la Propiedad tras la reforma del artículo 12 de la Ley Hipotecaria», Ponencia presentada en el XVI Congreso Internacional de Derecho Registral (CINDER), Valencia, mayo de 2008, pág. 15 del original (puede verse en <http://www.cinder2008.com/72/ficheros/Ponencia%20Fco%20Blasco%20Gascó.pdf>).

45 DE PABLO califica esta interpretación de la DGRN como errónea, de manera que no puede ser sino rechazada, por cuanto es absolutamente contradictoria con la nueva redacción del art. 130 de la LH, fruto también de la Ley 41/2007 (art. 11.2). A juicio de este autor, el texto final del art. 12.II de la LH, interpretado en concordancia con su párrafo 1º y con el nuevo art. 130

Entonces, si se trata de cláusulas de naturaleza no real –no afectan a la garantía ni al rango de la hipoteca y por esta razón, hasta la fecha de la entrada en vigor de la reforma que nos ocupa, no eran susceptibles de ser inscritas, *rectius*, no tenían acceso al Registro de la Propiedad-, que no pueden tener los efectos que son propias de las que sí tienen esta naturaleza, ¿cuáles son los efectos vinculados a su *transcripción*? La norma no nos da ninguna respuesta a esta cuestión, si bien parece que se quiere indicar que no resultarán de aplicación los preceptos y principios hipotecarios que se fundan en la eficacia de las inscripciones registrales, partiendo de la presunción de validez y exactitud de las mismas que resulta de lo dispuesto en el art. 38 de la LH⁴⁶. Pues bien, si tomamos el ejemplo de la cláusula de vencimiento anticipado de la hipoteca por concurso del deudor o por mera insolvencia de éste, resulta que acaecido este evento, la entidad acreedora decide ejecutar la hipoteca, ¿cuál puede ser la defensa del tercer poseedor de la finca hipotecada? Hasta el momento en que empiezan a constar en el Registro las cláusulas de vencimiento anticipado de las que nos estamos ocupando, la defensa del tercer poseedor se podía fundar en el art. 32 de la LH, por cuanto se trataba de una parte del título no inscrita; o, en su caso, en el art. 34 de la LH, por tratarse de un supuesto de resolución de su derecho con fundamento en una causa que no constaba en el Registro de la Propiedad. A partir del momento en que tales cláusulas tengan constancia registral, no se podrá alegar por el tercer poseedor que la cláusula de vencimiento anticipado no constaba en el

de la LH, pone de manifiesto que el Registrador debe hacer constar en la inscripción, cuando el acreedor sea una de las entidades incluidas en el art. 2 de la LMH, todos los créditos cuya realización forzosa puede obtenerse a través del procedimiento de ejecución directa contra el bien hipotecado y, además, todas las cláusulas que afectan a la exigibilidad de estos créditos y su cuantía, pero no las demás; de manera que no es posible la inscripción, con meros efectos de publicidad noticia, de cláusulas no cubiertas por la responsabilidad del bien hipotecado o que no determinen que ésta pueda exigirse y ello por cuanto permitiría seguir, con fundamento en éstas, un procedimiento de ejecución sobre el bien hipotecado en el que el Juez se vería avocado a despachar, seguir y culminar la ejecución, a tenor de la nueva redacción del art. 130 LH, por tratarse de esteremos que estarían contenidos en el título y recogidos en el asiento registral. *Vid.* DE PABLO CONTRERAS, P.: «Las cláusulas financieras en la inscripción del derecho real de hipoteca. Trascendencia en el momento de su ejecución (arts. 11.1 y 11.2 de la Ley 41/2007)», en *La reforma del mercado hipotecario y otras medidas financieras en el contexto de la crisis económica* (E. Muñoz Espada, S. Nasarre Aznar y E. Sánchez Jordán, Coords.), Edisofer, S.L., Madrid, 2009, especialmente las págs. 136 a 138.

46 *Vid.* PRETEL SERRANO, J. J.: «La calificación registral y su alcance», *op. cit.*, págs. 753 a 755.

Registro. Parece entonces que su defensa habría de argumentarse sobre la alegación de que no se trata de una inscripción, sino de una mera «*transcripción*», con los efectos de propios de una novedosa «*publicidad - noticia*» (hasta la fecha de la reforma el único precedente es el representado por la legislación urbanística –arts. 51 y ss. del TRLS/2008 y 73 y ss. del RD 1093/1997-), de manera que los arts. 32 y 34 no se ven afectados por la mera constancia registral de estas cláusulas, que carecen de efectos frente a terceros, propios de las cláusulas de naturaleza real inscritas⁴⁷; o, en última instancia, que la cláusula no goza de la presunción de validez, propia de las inscripciones y asientos registrales, por cuanto no ha sido objeto de calificación.

La tarea de fundamentar la falta de eficacia frente a tercero de las cláusulas obligacionales meramente transcritas se nos antoja difícil, por cuanto en ningún precepto se puede hacer radicar –y recordemos, además, que las causas de oposición a la ejecución que se enuncian en los arts. 695 y 698 de la LECiv no han sido modificadas-, especialmente la fundada en el principio de protección del tercero hipotecario, por cuanto el art. 34 de la LH exige, como es sabido, la buena fe del adquirente, en sentido subjetivo, entendida como ignorancia o falta de conocimiento de la causa de resolución del derecho del transmitente –o creencia en la legitimación de éste y en la eficacia del título de transmisión- por quien adquiere confiado en la publicidad registral y, obvio es, que esta buena fe resultaría poco compatible con la noticia, proporcionada por el Registro de la Propiedad, de la posible resolución del derecho del transmitente como consecuencia del juego de las cláusulas de vencimiento anticipado de la obligación asegurada con la hipoteca inmobiliaria que grava el bien objeto de transmisión.

En el caso de las cláusulas financieras contenidas en el título negocial constitutivo de la hipoteca pareciera que aun cuando vulneren normas imperativas o prohibitivas no podrán ser objeto de no «*transcripción*» por el Registrador. En particular surge la pregunta acerca de si también en el caso de cláusulas financieras nulas de pleno derecho, ¿éstas deben transcribirse sin más por el Registrador?

⁴⁷ Se toma el ejemplo propuesto por ÁVILA NAVARRO, P.: «La publicidad noticia», *Registadores de España*, núm. 44, mayo-junio de 2008, pág. 42.

Para dar una respuestas adecuada al anterior interrogante ha de tenerse en cuenta que durante el trámite parlamentario del *Proyecto de Ley* del que es fruto la Ley 41/2007, se formuló una enmienda por el Grupo Parlamentario de «Esquerra Republicana» -la núm. 120-, en la que se proponía que la transcripción de las cláusulas financieras se realizaría «*en tanto no sean contrarias a normas imperativas y prohibitivas*»⁴⁸. Pese a que la enmienda no prosperase, el principio de legalidad y la sanción de nulidad de pleno derecho de que tales cláusulas, contrarias a normas imperativas y prohibitivas, son objeto, *ex art.* 6.3 del CC –acorde con los límites del principio de autonomía privada que contempla el art. 1255 CC-, impiden su transcripción. De admitirse su acceso al Registro de la Propiedad se estaría dotando de una instrumentación legal a actuaciones contrarias a los derechos de los consumidores y usuarios, a quienes las entidades financieras imponen esas cláusulas y pactos en sus contratos -de adhesión- de constitución de préstamos hipotecarios⁴⁹, con consecuencias extraordinariamente graves en tanto que en el procedimiento de ejecución sumaria no se prevé, como posible causa de oposición del deudor ejecutado, la nulidad de cláusula contractual inscrita con fundamento en la que se ejercita la facultad de ejecución y sin que exista trámite procesal alguno en el que se pueda discutir la validez de las cláusulas transcritas por imperativo de la nueva norma⁵⁰. En consecuencia, las cláusulas financieras también deben ser

48 BOCG, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, nº 127-7, de 9 de mayo de 2007.

49 En este sentido, BERNAL-QUIRÓS CASCIARO, J.-J.: «Razones por las que no debe inscribirse el pacto de vencimiento anticipado de la hipoteca por enajenación o arrendamiento (indiscriminados) de la finca hipotecada, aún después de la Ley de reforma hipotecaria 41/2007, de 7 de diciembre», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 141, diciembre, 2007, pág. 3819; así como GÓMEZ JENÉ, F. J.: «Calificación registral de las hipotecas», en *Financiación de la vivienda, calificación hipotecaria y protección de los consumidores tras la Ley 41/2007, de regulación del mercado hipotecario*, *op. cit.*, pág. 77 –se comparte plenamente la conclusión a que llega este autor, formuladas en los siguientes términos: «No pueden acceder al Registro de la Propiedad las cláusulas contrarias a normas imperativas o prohibitivas. En ningún caso»-.

50 Consecuencias puestas de manifiesto, *v.gr.*, por CORDERO LOBATO, E.: «La constitución de la hipoteca inmobiliaria» y «Vencimiento y ejecución de la hipoteca inmobiliaria», Capítulos 14 y 21 del *Tratado de los derechos de garantía* (Á. Carrasco Perera, E. Cordero Lobato y M. J. Marín López), T. I, Ed. Thomson – Aranzadi, Cizur Menor, 2008 (2ª edic.), págs. 682 y 1067; y por GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: «Comentario del art. 81 del TRLGDCU», en *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (RDLeg. 1/2007)* (R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Coord.), Ed. Thomson – Aranzadi, Cizur Menor, 2009, págs. 952 y 953.

objeto de una previa calificación o control de legalidad por parte del Registrador y no solo a efectos de determinar su naturaleza, sino también para contrastar que no contravienen una norma imperativa o prohibitiva –una norma de «*ius cogens*»-, con fundamento en la regulación general de la calificación que resulta del art. 18 de la LH⁵¹.

3ª) Previéndose como objeto del segundo párrafo del art. 12 de la LH únicamente a las hipotecas en las que el acreedor es alguna de las entidades a las que se refiere el art. 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo [LMH], así como a hipotecas constituidas para garantizar la obligación derivada del cumplimiento de un préstamo bancario, *¿qué tratamiento ha de dárseles a las cláusulas de vencimiento anticipado insertas en contratos de constitución de hipotecas a favor de acreedores que no tengan la condición de ser entidades bancarias o financieras; así como aquellas establecidas en hipotecas constituidas para garantizar el cumplimiento de obligaciones diversas de las derivadas de un préstamo –obligaciones no dinerarias, en las que no tienen razón de ser las cláusulas financieras, pero sí las de vencimiento anticipado-?*

A esta cuestión, la DGRN da la siguientes respuesta: «*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 (art. 12, párrafo primero de la LH)*». Entonces, respecto de los acreedores que no sean entidades financieras la calificación y la inscripción se limitarán a las cláusulas de trascendencia real, dejando al margen las eventuales cláusulas de vencimiento anticipado y otras cláusulas que puedan incluirse en contratos de constitución de hipotecas en los que los acreedores sean particulares, Administraciones Públicas, o sociedades o personas jurídicas que no tengan la cualidad de entidades financieras a tenor del art. 2 de la LMH. Así las cosas, en el precepto que nos ocupa, el art. 12

51 En este sentido se pronuncia expresamente, SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B.: «Acceso registral de las cláusulas del préstamo hipotecario antes y después de la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario», en *Jornadas sobre la Ley por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario*, op. cit., pág. 129.

de la LH, y a efectos de inscripción registral –con consecuencias fundamentales en sede de ejecución hipotecaria- se está diferenciando dos clases de inscripciones del derecho real de hipoteca inmobiliaria según que la naturaleza jurídica del acreedor hipotecario se corresponda con una de las entidades enunciadas en el art. 2 de la LMH, o sea un sujeto distinto⁵². En este último caso, estos sujetos pueden ser titulares activos de una hipoteca flotante o de máximo –al igual que las entidades a que se refiere el art. 2 de la LMH-, pero el Registrador no inscribirá las cláusulas contenidas en el contrato de constitución de la hipoteca que carezcan de contenido real y, en particular, las financieras y las de vencimiento anticipado, resultando así un injustificable régimen jurídico diverso cuya eficacia trasciende el mero ámbito registral, que solo puede explicarse por la influencia del *lobby* financiero y bancario en la elaboración de la reforma.

b) La interdicción de la inscribibilidad del pacto de anatocismo

Del principio registral de especialidad, la DGRN (entre otras, en Resoluciones de 20 de mayo de 1987 [RJ 1987, 3926], de 24 de marzo de 1997 [RJ 1997\2047], seis de fecha 21 de julio de 1997 [RJ 1997\5799, 5800, 5801, 5802, 5803 y 5804] y de 20 de enero de 1998 [RJ 1998\273]) ha derivado la no inscribibilidad del pacto de anatocismo –y, por lo tanto, la imposibilidad de que los intereses hipotecarios puedan sumarse al capital, devengando nuevos intereses-, de manera que en el momento de la ejecución de la hipoteca «*el acreedor no puede pretender el cobro del eventual exceso de los intereses devengados sobre los garantizados con cargo a la cantidad fijada para la cobertura del principal, ni a la inversa. Y así lo impone legalmente el necesario respeto de la limitación legal de la responsabilidad hipotecaria en perjuicio de tercero establecida en el artículo 114 de la LH*» (FJ 2º de la RDGRN 24 de marzo de 1997 [RJ 1997\2407]) y ello con independencia de la validez obligacional del pacto en virtud de lo dispuesto en los arts. 1109.1 del CC y 317 del CCom⁵³. A tenor de estos preceptos es viable la capitalización de los intereses cuando ésta ha sido pactada

52 En este sentido, también, BLASCO GASCÓ, F. de P.: *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 280 y 281; SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B.: «Acceso registral de las cláusulas del préstamo hipotecario antes y después de la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario», *op. cit.*, pág. 126.

53 ATAZ LÓPEZ, J.: «Imputación de pagos. Anatocismo. Resolución de contrato de préstamo. Renuncia a la solidaridad pasiva (Comentario de la STS de 10 de julio de 1990)», *CCJC*, núm.

por los contratantes. Admitida la premisa de conformidad con la cual «*fuera de los supuestos de anatocismo legal, la producción de intereses por parte de los intereses debe venir expresamente pactada*», algún autor considera que denegar su inscripción sobre el fundamento del incumplimiento del principio de especialidad registral resulta inadecuado, toda vez que es innegable la existencia y licitud de dicho pacto en nuestro Derecho, máxime cuando, como en el caso resuelto por la STS de 10 de julio de 1990 [RJ 1990\5791], por haberse interesado en el clausulado del contrato el importe exacto de cada uno de los conceptos que conformen la cifra máxima de responsabilidad, se cumplan las exigencias previstas por el principio registral y por tanto dicho argumento no pueda reputarse sostenible .

Con ocasión de la interpretación de una cláusula de determinación de la cobertura de la hipoteca, la RDGRN de 25 de junio de 2001 [RJ 2001\5687] ha declarado la no inscribibilidad del pacto sobre capitalización de intereses liquidados y no satisfechos, a propósito de una hipoteca en garantía de cuentas corrientes del art. 153 de la LH, precisando que «*el pacto sobre devengo de intereses de demora incurre con claridad en la figura del anatocismo, ya que ordena la capitalización por trimestres vencidos de los intereses de demora liquidados y no satisfechos, lo que en el ámbito registral es rechazable según reiterad doctrina de este centro directivo*».

La anterior doctrina registral merece una precisión en el caso de las hipotecas de máximo –en el caso, *v.gr.*, de la hipoteca en garantía de cuentas corrientes contemplada en el art. 153 de la LH, así como cuando se utilice esta modalidad hipotecaria en una hipoteca inversa- y ello por cuanto la limitación de la cobertura hipotecaria de la obligación de intereses que resulta del art. 114 de la LH nada tiene que ver con la posible capitalización de intereses en las hipotecas de máximo. En efecto, en éste tipo de hipotecas se asegura el pago de un capital, que puede ser incrementado por el efecto de la capitalización de los intereses, sin que ello suponga una vulneración del interés de protección de la regla del art. 114 de la LH, constituido por el evitar sorpresas a terceros que adquieran derechos sobre el inmueble gravado y con ello el favorecimiento del crédito territorial. Entonces, el art. 114 de la LH no puede prohibir la inscripción del pacto por medio del cual en una hipoteca de máximo los intereses se suman al capital

24, 1990, págs. 873 a 894, BLASCO GASCÓ, F. de P.: *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*, *op. cit.*, págs. 280 y 281.

—sea esto consecuencia de un pacto de anatocismo, que requiere el vencimiento de los intereses, o de un mero pacto de capitalización de intereses—, puesto que dentro del capital asegurado, éste puede ser resultado de la deuda principal o de su capitalización en virtud de los intereses devengados⁵⁴.

3.3. Requisitos de objetividad en la cláusula de fijación de los intereses remuneratorios variables

La exigencia de que se establezcan criterios objetivos en la fijación de los tipos de interés cuando estos son variables se deriva de lo establecido en los arts. 1256 del CC (lo contrario supondría dejar al arbitrio de una de las partes la determinación del contenido prestacional del contrato), en general, y 8.2 y 3.c) de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, para los créditos al consumo, si bien, como es sabido, los arts. 6 a 14 y 19 esta última Ley no son de aplicación a los créditos hipotecarios (*ex art. 2.2 LCC*).

La mencionada exigencia del establecimiento de criterios de naturaleza objetiva en orden a la fijación de los intereses variables para que resulte válido el pacto en que se prevén, ha de completarse con la necesidad de la fijación de una cuantía máxima de la garantía. Esta cifra está limitada tanto por la posible calificación del préstamo como usurario, como por su carácter abusivo de acuerdo con la previsión expresa, tras la reforma de la LGDCU operada por la LCGC, contenida ahora en el art. 88.1 del TRLGDCU, en el que se relacionan las cláusulas sobre garantías que, en todo caso, habrán de reputarse abusivas a efectos del art. 83 del mismo TRLGDCU, de conformidad con la previsión de su art. 82.4 («*La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido. Se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica*»). Con independencia de las críticas razonables que puede suscitar el segundo inciso del precepto transcrito al hacer recaer la carga de la prueba de la *desproporción* sobre el consumidor en aquellos casos en que la entidad financiera adecue el contrato a la normativa específica que, en su caso, regule las garantías del crédito concedido, habrán de reputarse abusivas en atención al mismo aquellas

54 En este sentido se pronuncian expresamente CARRASCO PERERA, Á. y CORDERO LOBATO, E.: «La hipoteca inversa y el aseguramiento de intereses o por qué tiene que ser revocada la doctrina de la DGRN sobre el anatocismo», *AJA*, núm. 741, de 20 de diciembre de 2007.

cláusulas insertas en contratos de constitución de garantías reales en las que la tasación del bien gravado sea inferior a su valor de mercado, las que impongan al consumidor o usuario la acumulación de garantías en virtud de las que asegure una cantidad superior al crédito adeudado.

En este sentido, la RDGRN de 23 de octubre de 1987 [RJ 1987\7660] precisó, entre otras cosas, que a efectos hipotecarios no caben los pactos que dejen los contornos del derecho real al arbitrio de una persona (sea el acreedor, sea el deudor, sea un tercero) por contravenir el principio de determinación, de igual manera que no cabe, por infringir este mismo principio, la cláusula en la que se engloba la responsabilidad por los intereses remuneratorios y por los moratorios. Si se quiere que éstos resulten también garantizados con la hipoteca deben precisarse separadamente, así como la cifra máxima de responsabilidad respecto de los mismos. Por ello, la RDGRN de 18 de diciembre de 1999 [RJ 1999\9419] ha admitido la siguiente cláusula de determinación de intereses remuneratorios y moratorios devengados por un crédito a efectos de su cobertura por la garantía hipotecaria: *«a) Una año de intereses remuneratorios, calculados conforme a las cláusulas sobre intereses ordinarios y tipo de interés variable, si bien, a los únicos y exclusivos efectos de determinar un máximo de responsabilidad hipotecaria por intereses, éstos sólo quedarán garantizados hipotecariamente hasta un máximo de 12,5 % anual, que asciende a 750.000 pts. b) Tres años de intereses moratorios, calculados conforme a lo convenido en la cláusula de intereses de demora, si bien, a los únicos y exclusivos efectos de determinar un máximo de responsabilidad hipotecaria por intereses de demora, éstos sólo quedarán garantizados hipotecariamente hasta un máximo de 12,5 % anual, que asciende a 2.250.000 pts.»*. La DGRN afirma en esta Resolución que *«la doctrina de este Centro directivo de la computación conjunta de los intereses ordinarios y moratorios tampoco es argumento para rechazar la inscripción ahora pretendida, pues, con esta doctrina no se quiere afirmar otra cosa sino que unas mismas cantidades no pueden devengar simultáneamente intereses ordinarios e intereses de demora, mas respetando esta exigencia, ningún obstáculo hay para reclamar todos los intereses, tanto remuneratorios como moratorios devengados y cubiertos por las respectivas definiciones –dentro de los máximos legales– de la garantía hipotecaria, aun cuando se reclamen intereses remuneratorios de los cinco últimos años e intereses moratorios del mismo período, si así procediera por ser distintas y de vencimientos diferentes las cantidades que devengaron unos y otros»*.

El precepto que nos ocupa, precisa, por último, que no son válidos aquéllos pactos que hagan depender el vencimiento del crédito de cualquier tipo de comportamiento del deudor distinto del incumplimiento mismo de la obligación específica garantizada (*v.gr.*, la falta de suscripción del seguro con el que la entidad financiera pretende cubrir el riesgo derivado del fallecimiento, quiebra o situación de desempleo o similares del deudor, así como el impago de la prima de tal seguro una vez suscrito). Tampoco son válidas aquéllas cláusulas en las que el vencimiento anticipado del crédito hipotecario se hace depender de determinados actos realizados por el deudor adherente, normalmente actos que han de ser considerados como ejercicio de las facultades de goce y de disfrute del propietario (*v.gr.*, enajenación de bienes sin consentimiento de la entidad acreedora, constitución de una hipoteca ulterior, etc.). En efecto, la cláusula que permite la resolución por incumplimiento del contrato por el prestatario es evidentemente válida, de acuerdo con la regla general establecida en el art. 1124 del CC para los contratos sinalagmáticos (dentro de esta causa genérica en que puede ampararse la resolución unilateral, encuentran cobertura legal cláusulas que contemplen la resolución en el caso de que el prestatario deje de satisfacer las cuotas de amortización de los intereses remuneratorios, deje de pagar las comisiones pactadas, no reintegre la garantía prestada que haya sufrido una reducción de su valor o si no destina los fondos a la finalidad pactada, en su caso), como también es posible la resolución ejercitada por la entidad prestamista en los casos de pérdida del derecho al plazo contemplados en el art. 1129 del CC

Precisamente como consecuencia de la toma de postura de los Registradores y de la propia DGRN en relación con las cláusulas de fijación de los intereses variables insertas en los contratos de préstamos con garantía hipotecaria por referencia al tipo preferencial de la propia entidad prestamista, la normativa sectorial recogió la prohibición de esta forma de determinación de los tipos de interés. En efecto, pocos meses después de la publicación de la RDGRN de 7 de septiembre de 1988 [R] 1988\7000], la Circular del Banco de España 15/1988, de 5 de diciembre, estableció que *«los tipos publicados o practicados por la propia Entidad, o por otras de su grupo, no podrán ser utilizados por ninguna de estas Entidades como referencia en las operaciones activas o pasivas concertadas a tipo de interés variable a partir de la entrada en vigor de esta Circular»*. Posteriormente la Orden del MEyH de 12 de diciembre de 1989, *sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad*, publicada al amparo de la previsión contenida en el art. 48.2.d) de la Ley 2671988,

de 29 de julio, de *Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito* (en este artículo se faculta al MEyH para que, con la finalidad de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, y sin perjuicio de la libertad de contratación, dicte las normas necesarias para que la publicidad, por cualquier medio, de aquellas entidades, incluya todos los elementos necesarios para apreciar sus verdaderas condiciones, regulando las maneras de control administrativo de la misma, pudiendo establecer el régimen de control previo), en el apartado 4.d) de su art. 7 estableció esta misma prohibición, al exigir que en los contratos relativos a operaciones activas o pasivas en las que intervenga el tiempo, habrán de figurar «*los derechos que contractualmente correspondan a la entidad de crédito en orden a la modificación del tipo de interés pactado, que no podrá tomar como referencia los de la propia entidad u otras de su grupo, o la modificación de las comisiones o gastos repercutibles aplicados; el procedimiento a que deberán ajustarse tales modificaciones, que en todo caso deberán ser comunicadas a la clientela con antelación razonable a su aplicación; y los derechos de que, en su caso, goce el cliente cuando se produzca tal modificación*», al tiempo que se prevé que la obligación de comunicación personal de las variaciones a los clientes pueda sustituirse mediante la publicación, con anterioridad a su aplicación, en un diario de difusión general de la modificación del tipo de interés que sirva de referencia, si es que esta posibilidad se haya prevista en el contrato y se ha indicado el medio en que la publicación ha de realizarse. La Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, que desarrolla esta Orden, se limita a matizar algunas de sus previsiones, estableciendo que si se interrumpe la publicación del diario previsto contractualmente para dar publicidad a la variación de los tipos de interés convenidos, se notifique la sustitución a los clientes, así como la necesidad de que la comunicación de la primera variación se haga de forma personalizada, pudiendo aplicarse de forma automática las modificaciones si son en beneficio del cliente. Para el ámbito específico de los préstamos hipotecarios, la **Orden de 5 de mayo de 1994**, sobre *transparencia de las condiciones financieras* en este tipo de préstamos, aplicable a préstamos hipotecarios en los que el prestatario sea una persona física, se grave una vivienda y el importe del mismo sea igual o inferior a 150.253,03 € (*ex art. 1*, en el que se determina su ámbito de aplicación), prescribe, en su art. 6.2, que en el caso de préstamos a tipo de interés variable, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones: 1ª) Que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con

otras entidades. 2ª) Que los datos que sirvan de base al índice sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo.

De conformidad con estas premisas ha de interpretarse el contenido del art. 85.3 del TRLGDCU –en relación con sus arts. 82.4 y 83-, a tenor del cual son nulas, por abusivas, las cláusulas insertas en contratos celebrados con consumidores, en virtud de las cuales se reserven favor del empresario facultades de interpretación o de modificación unilateral del contrato, salvo que concurran motivos válidos especificados en el propio contrato. El párrafo segundo del mismo art. 85.3 TRLGDCU introduce una precisión para los contratos que tienen como objeto la prestación de servicios financieros a consumidores, en cuyo caso serán válidas las cláusulas contractuales en virtud de las cuales el empresario se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor, así como el importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquéllos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el empresario esté obligado a informar de ello en el plazo más breve a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato, sin penalización alguna.

Obviamente establecer como índice para la determinación del tipo de interés variable de los créditos hipotecarios el preferencial de la propia entidad prestamista o de otras del grupo empresarial al que ésta pertenezca no satisface la exigencia de que se fije con arreglo a índices de naturaleza objetiva establecida en las normas que acaban de ser citadas (art. 85.3 TRLGDCU y art. 6.2 de la Orden de 5 de mayo de 1994). En este sentido se ha pronunciado la SAP de Madrid de 28 de febrero 1995, que confirmó la solución adoptada por el Juzgador de Instancia que había sustituido el índice de fijación del interés variable de un crédito hipotecario de acuerdo con el tipo preferencial de la entidad prestamista establecido en el contrato y cuya estipulación fue declarada nula por no ser objetiva, por el tipo medio del mercado bancario determinado por el Banco de España.

4. Facultades del Registrador en el control de legalidad de las cláusulas de determinación de intereses

4.1. Interpretación restrictiva de las facultades de calificación del Registrador

La interpretación restrictiva de las facultades del Registrador en la calificación parece ser conforme con una línea interpretativa mantenida de manera uniforme por la DGRN en varias resoluciones de principios de la década de los años noventa. En ellas se consideraba que los medios de calificación de que dispone el Registrador, *ex art.* 18 de la LH, le impiden apreciar si las concretas estipulaciones insertas en un contrato que se le presenta tienen, o no, carácter abusivo conforme a las previsiones de la LGDCU –el criterio sería extensivo obviamente a los motivos de nulidad derivados de la LCGC- (RRDGRN 8 de octubre de 1991 [RJ 1991\7494], 9 de octubre de 1991 [RJ 1991\7495], 10 de octubre de 1991 [RJ 1991\7496], 11 de octubre de 1991 [RJ 1991\7947] y 14 de octubre de 1991 [RJ 1991\7948], en las que se debatía, entre otras cuestiones –validez e inscribibilidad de la cláusula en la que se establece la inversión de la carga de la prueba en beneficio de la entidad vendedora y en perjuicio de los compradores- la inscribibilidad de la cláusula de resolución automática de la venta en virtud de notificación realizada por el vendedor, sin tener en cuenta lo que pueda alegar el comprador-. Las mentadas RRDGRN declaran la inscribibilidad de una cláusula de resolución por impago respecto de la que se constata que estipulada al amparo del art. 1504 del CC no es equiparable a la facultad discrecional de resolución que habrá de considerarse abusiva y, en consecuencia nula, *ex art.* 10.1.c.2º del texto entonces vigente de la LGDCU, rebatiendo el parecer del Registrador que había sido confirmado por un Auto del Presidente del TSJ de Cataluña de 15 de octubre de 1990 [*vid.* su texto completo en *RCDI*, núm. 610, pgs. 1339 a 1344]).

En este sentido se pronuncian también las RRDGRN de 4 de mayo de 1992 [RJ 1992\4835; FJ 6º]; 1 de junio de 1992 [RJ 1992\5814; FJ 4º]; 29 de junio de 1992 [RJ 1992\5951; FJ 4º]; 6 de julio de 1992 [RJ 1992\6251; FJ 4º]; 9.7.1992 [RJ 1992\6257]; 11 de julio de 1992 [RJ 1992\6531]; 13 de julio de 1992 [RJ 1992\6533]; 14 de julio de 1992 [RJ 1992\6535] y de 11 de julio de 1992 [RJ 1992\6541]. En las precitadas resoluciones se planteaba, además de otras cuestiones, como la relativa a la inscribibilidad de pactos de vencimiento anticipado del crédito hipotecario (en el caso de que se revele la existencia de cargas o gravámenes no

conocidos en el momento de formalización de la escritura, en el caso de falta de pago de contribuciones y tributos que graven la propiedad o la posesión de la finca hipotecada, en el caso de disminución por cualquier causa de la cuarta parte del valor de la garantía, etc.), la adecuación a la LGDCU de la cláusula en la que se prevé la variabilidad de los intereses del crédito hipotecario de acuerdo con índices objetivos, siempre que, al tiempo, se establezca un límite máximo de responsabilidad (en sentido afirmativo se había manifestado ya la DGRN en sus Resoluciones de 26 de diciembre de 1990 [RJ 1990\10497] y de 14 de enero de 1991 [RJ 1991\588] y posteriormente, en el mismo sentido, las RRDGRN de 17 de marzo de 1994 [RJ 1994\2024]) y de 21 de octubre de 1998 [RJ 1998\8153]. En esta última Resolución, la DGRN confirma la nota en la que el Registrador denegaba la inscripción registral de una cláusula de intereses variables introducida en un préstamo con garantía hipotecaria al considerar la falta de objetividad del criterio previsto para la fijación del tipo de interés en cada periodo, dada la falta de determinación de algunos de los elementos a los que se aludía. La validez, al menos objetivamente considerados, de los pactos en los que se prevean intereses variables de acuerdo con criterio objetivos –lo que sucede cuando el tipo de interés de referencia se forme con absoluta independencia de la voluntad de las partes contratantes, de modo que ninguna de ellas pueda influir en su determinación- parece alejada de toda duda si se tiene en cuenta la redacción del art. 85.2, párrafo 2º del TRLGDCU (que constituye la traslación del contenido de la DA 1ª, 2º, pfs. 1º y 2º de la LGDCU, en la redacción dada por la DA 1ª.6 de la LCGC).

4.1. Interpretación amplia y acorde con la naturaleza del acto de «*calificación*» y con las funciones del Registrador

a) Los fundamentos de esta interpretación.

En la Resolución de 7 de septiembre de 1988 [RJ 1988\7000], la DGRN admitió la aplicación directa de las previsiones contenidas en el entonces art. 10 de la LGDCU –actual art. 82 TRLGDCU- por el Registrador en la calificación, de manera que podría en este momento apreciar la nulidad de pleno derecho de una cláusula del contrato de consumo formado con condiciones no negociadas individualmente, que se haya presentado a inscripción y, en consecuencia, denegarla respecto de la cláusula –o cláusulas- aquejada(s) de tal vicio. En el caso resuelto por esta RDGRN se trataba de determinar si era inscribible en el Registro de la Propiedad una cláusula inserta en

un contrato de préstamo con garantía hipotecaria en la que se establecía un tipo de interés remuneratorio variable. Para analizar adecuadamente los supuestos de este tipo ha de partirse de la admisión de las dos premisas siguientes que, a mi juicio y en el de la común doctrina, resultan incuestionables:

En la cláusula contractual cuya validez se cuestionaba en la RDGRN 7 de septiembre de 1988 [R] 1988\7000] se preveía que el tipo de interés anual aplicable sería idéntico al que rigiese en la misma entidad financiera como tipo de interés preferencial para los préstamos con garantía hipotecaria. El Registrador denegó su inscripción al considerar que se incurría en el defecto insubsanable de dejar la fijación de los intereses al arbitrio exclusivo de la entidad acreedora, infringiendo de esta forma el principio general consagrado en el art. 1256 del CC, en tanto que determina que no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes la validez y eficacia del contrato, siendo nulo el pacto que faculte al acreedor para fijar unilateralmente la variación de los intereses puesto que mediante una modificación substancial al alza del tipo de interés por el prestamista se podría provocar el ejercicio de la facultad de rescisión del contrato por el prestatario (el parecer es compartido por la generalidad de la doctrina que se ha pronunciado sobre esta cuestión). Interpuesto recurso gubernativo por la representación de la Entidad financiera argumentando la validez de la cláusula en la que se toma como referencia para fijar el interés el tipo preferencial propio, pues se publica y comunica al Banco de España, citando a favor de su tesis la Circular 12/1981, de 24 de febrero, del Banco de España, dictada en desarrollo de la Orden de 17 de enero de 1981, en la que se recomendaba, entre otros, la utilización de este criterio para fijar el tipo de referencia para créditos, el Presidente de la AT de Valladolid revocó la nota del Registrador al considerar que la cláusula en cuestión no comportaba dejar al arbitrio de uno de los contratantes el cumplimiento del contrato. La DGRN acordó confirmar la nota del Registrador pues a juicio de la misma resultaba *«evidente que la estipulación va contra la norma que establece que “la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes” (cfr. arts. 1256 del CC y 10.c.2º de la LGDCU)»*, frente a lo que *«no cabe objetar que los nuevos intereses no vinculan necesariamente a los prestatarios, puesto que éstos tienen un mes para optar por devolver el préstamo»* (la cláusula discutida no sólo contraría los apartados 2º y 5º del art. 10.1.c) de la LGDCU -en su redacción original- a los que alude el Registrador, sino que también encontraría acomodo en su apartado 4º en el que se mencionan las condiciones abusivas del crédito). En este sentido, recuérdese que

entre las cláusulas o estipulaciones que, en todo caso, tienen el carácter de abusivas, se enuncian expresamente aquéllas que suponen una vinculación del contrato a la voluntad del profesional y, entre éstas «*la reserva a favor del profesional de facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurren motivos válidos especificados en el contrato*» (art. 85.3.I del TRLGDCU). Entre otras consecuencias, de esta disposición se deriva que la cláusula contractual inserta en un contrato celebrado con un consumidor (sea persona física o jurídica) por una entidad financiera en la que se permita a ésta modificar unilateralmente las condiciones del crédito –tipos de interés, comisiones, gastos repercutibles al consumidor- será nula por abusiva si no se ajusta a la normativa sectorial sobre transparencia bancaria protectora del cliente en la que, por ser precisamente esta la finalidad última de la misma, se permite aplicar automáticamente las modificaciones de aquellos elementos que impliquen claramente un beneficio para éste. Los «*motivos válidos*» -la «*causa válida*» en la redacción originaria- a que hace referencia el precepto ha de ser equivalente a razón objetiva, justa y suficiente que, en todo caso, ha de consignarse en el contrato y reflejar no sólo la atribución de esta facultad extintiva a la entidad financiera, sino también las causas en las que puede basarse el ejercicio de la resolución contractual.

En el mismo sentido que la RDGRN que se acaba de analizar, pueden citarse las Resoluciones del mismo órgano directivo de 16 de febrero de 1990 [RJ 1990\730], 16 de marzo de 1990 [RJ 1990\2301], 26 de diciembre de 1990 [RJ 1990\10497] y de 17 de marzo de 1994 [RJ 1994\2024]. En ellas también parece admitirse que la calificación registral se extienda al análisis de la validez de las cláusulas insertas en contratos de condiciones generales en virtud de las normas propias del Derecho de consumo pues pese a que revocan el parecer del Registrador consistente en apreciar la nulidad de determinadas cláusulas de variación de intereses insertas en contratos de constitución de hipotecas, el criterio de la DGRN se asienta en la adecuación de las mismas a las normas de protección de los consumidores y no en la falta de competencia del Registrador para calificar en atención a éstas (o, en general, a las normas imperativas de protección del adherente en los contratos de cláusulas predispuestas). En efecto, así se deduce del siguiente fragmento contenido en los Fundamentos de Derecho de las antedichas RRDGRN: «*Tampoco es posible rechazar esta cláusula [se refiere a la cláusula de intereses variables en el préstamo con garantía hipotecaria] porque –en opinión de la Registradora plasmada también en la nota- “se*

encuentra bajo la sanción de nulidad del artículo 10 de la LGDCU”. Es claro que no puede cualquier cláusula de variación de interés ser tachada con nulidad ipso iure sin invocar otro motivo que el de “ser cláusula de variación de intereses en la contratación con el público” y, además, una protección que excluyera la posibilidad de intereses variables, se traduciría inmediatamente, en la práctica, en la exclusión del consumidor en las ventajas del crédito a largo plazo». La Resolución se funda, en definitiva, en la admisión de la inscripción de la hipoteca en garantía de intereses variables siempre y cuando tales intereses puedan ser, en su momento, determinados con arreglo a un factor objetivo y se señale el límite máximo de responsabilidad hipotecaria y en que esta cláusula no infringe el principio hipotecario de especialidad ni puede reputarse nula «*ipso iure*» por vulnerar normas de protección de los consumidores contenidas en el TRLGDCU.

En los supuestos de contratos de préstamo con garantía hipotecaria en los que la DGRN ha estimado la nulidad de la cláusula de intereses variables contenida en los mismos por estar fijada en atención a criterios considerados no objetivos, la apreciación de tal vicio determinaba la no inscripción en el Registro de la Propiedad de aquella cláusula, sin que ello, en principio, impidiese la del resto del contenido del derecho real de hipoteca. Ejemplos paradigmáticos nos los proporcionan dos Sentencias del TS en las que se han declarado nulas por contravenir lo dispuesto en la LGDCU determinadas cláusulas insertas en contratos de préstamos hipotecarios y cuya nulidad, a mi juicio, podría haber sido apreciada por el Registrador que las hubiese inscrito. Se trata de las SSTs de 1 de junio de 2000 [RJ 2000\5090] y de 2 de noviembre de 2000 [RJ 2000/8492]. En la primera de ellas se aprecia la nulidad de la cláusula en la que se dispone que el pago de los gastos de constitución del préstamo hipotecario que grava los pisos adquiridos sea a cargo del comprador por infringir el art. 10.1.c) 11 del la LGDCU, en su redacción originaria –el vigente art. 89.3.a) del TRLGDCU, declara expresamente la nulidad de las cláusulas de contratos de consumo que hagan cargar al consumidor con los gastos, entre otros, derivados de la constitución de hipotecas por el promotor, con la finalidad de financiar su constitución, así como su división o los gastos de cancelación-. En la segunda de las Sentencias del TS citadas, la cláusula declarada nula es aquella en la que se exige el pago de los intereses de todos los plazos vencidos y por vencer en el caso de que se proceda a la ejecución de la hipoteca, por vulnerar el art. 10.4 de la

LGDCU, también en su primigenia redacción –y que fue suprimido por la LCGC, para integrarse en e el art. 10.*bis* de la misma Ley, hoy art. 83 del TRLGDCU-.

En estos casos lo que el Registrador no puede hacer es convertir un préstamo con intereses variables en uno con intereses fijos (como aconteció en el caso contemplado en la ya citada RDGRN de 21 de octubre de 1998 [RJ 1998\8153]), por ser esta consecuencia ajena a la voluntad de las partes (téngase en cuenta que la variabilidad de los tipos de interés a lo largo del *iter* contractual puede beneficiar tanto al prestamista como al prestatario) y sin que ello determine tampoco la nulidad del contrato como acontece en el caso de los préstamos usurarios (arts. 1 y 3 de la *Ley de Usura* de 1908) en cuyo caso el prestatario sólo podría exigir la devolución de la suma efectivamente prestada, solución que se justifica sólo en atención a la finalidad preventiva de la *Ley de represión de la Usura* (en caso contrario, si pudiese recibir los intereses usuales, la norma no tendría efecto de prevención alguno en orden a evitar la celebración de este tipo de contratos).

En consecuencia, en estos casos la necesaria integración del contrato –*ex* art. 83.2 del TRLGDCU- puede realizarse acudiendo a tipos de referencia sustitutivos si éstos han sido pactados. Si no se han previsto índices sustitutivos o los previstos están también aquejados de nulidad, habrá que buscar un índice de referencia objetivo que determine el parámetro de la variación de los intereses. Cuando del análisis del completo clausulado contractual no sea posible inducir datos que permitan calcular el interés variable, éste podría ser el interés legal del dinero (que, como es sabido, es fijado anualmente en la LGPE, de conformidad con el art. 1 de la Ley 24/1984, de 29 de junio, pudiendo ser revisado por el Gobierno atendiendo a la evolución del interés de la Deuda Pública), el tipo de interés básico del Banco de España –o, en su caso, del Banco Central Europeo-. El carácter coyuntural de la determinación de estos índices, fijados en orden a la consecución de finalidades económicas o políticas, junto a la consideración de que el art. 1108 del CC sólo prevea el interés legal del dinero como sustitutivo, en defecto de fijación convencional de los intereses moratorios, pero no de los remuneratorios, conduce a ORDÁS ALONSO, en criterio que debe ser compartido, a ofrecer una solución alternativa para la integración de los contratos de préstamo en el caso de que el prestatario sea una entidad financiera o de crédito y el prestamista un consumidor o usuario. Esta solución se ampara en la previsión del art. 61.2 del TRLGDCU, de conformidad con el que el contenido de la publicidad de los

productos será exigible por los consumidores aun cuando no figure expresamente en el contrato pactado o en el documento o comprobante recibido. De acuerdo con esta previsión, el contrato de préstamo con interés variable se integrará con el más bajo de los índices de referencia para créditos de similar naturaleza que se contengan en el tablón de anuncios que la entidad crediticia necesariamente ha de tener en todas y cada una de las oficinas abiertas al público de que disponga⁵⁵.

La tesis que afirma las facultades de control de la validez de las cláusulas contractuales incorporadas a los contratos de préstamo con garantía hipotecaria atribuidas al Registrador en el momento de realizar la calificación registral, resulta corroborada expresamente por el art. 84 del TRLGDCU, a tenor del cual, los Registradores de la Propiedad, en el ejercicio de su función pública, no inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación -las sentencias condenatorias dictadas tanto como consecuencia del ejercicio de acciones colectivas, como de acciones de nulidad de cláusulas de condiciones generales de la contratación individuales se inscriben en el Registro de Condiciones Generales, a cuyos efectos, el juez que dicte la sentencia libra el oportuno mandamiento dirigido al titular de dicho Registro (*ex art. 22 LCGC*). El precepto, incluso de conformidad con su tenor literal, debe ser interpretado en un sentido amplio, no restringiendo la calificación negativa a los supuestos que enuncia –en estos casos, no procederá la inscripción del negocio-, sino que debe permitirse la valoración realizada por el propio Registrador aun cuando no exista Sentencia declarativa de la nulidad de cláusulas contractuales similares a aquéllas cuya inscripción se pretende y que haya sido objeto de inscripción en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación. En efecto, en el caso de contratos de condiciones generales o de cláusulas predispuestas celebrados con consumidores, la calificación registral debe extenderse a las siguientes cláusulas contractuales, respecto de las que procede dictar una calificación negativa, no procediendo a su inscripción por ser nulas de pleno derecho: 1º) Cláusulas incluidas en la lista negra como abusivas en todo caso, de conformidad con la relación o elenco que se contiene en los arts. 85 a 91 del TRLGDCU. 2º) Cláusulas contrarias a normas imperativas o

55 ORDÁS ALONSO, M.: *El interés de demora*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2004, págs. 124 y ss.

prohibitivas de manera clara (*ex arts. 8.1 de la LCGC y 6.3 del CC*). 3º) Cláusulas que hayan sido declaradas nulas por una Sentencia inscrita en el RCGC.

b) La confirmación legal y jurisprudencial de esta interpretación.

La interpretación amplia de la labor del Registrador en su fundamental función de calificación que acaba de exponerse en los párrafos precedentes, fundada en esencia en su deber, como funcionarios, de aplicar la Ley sin necesidad de una previa decisión judicial, ha resultado confirmada a tenor del contenido del art. 18 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo y de la doctrina jurisprudencial que resulta de la STJCE, Sala 4ª, de 04 de junio de 2009 [TJCE 2009\155] –asunto «Pannon», C-243/08-.

En efecto, el art. 18.1.II de la Ley 2/2009, en sede de regulación de los deberes de notarios y registradores, prescribe que los registradores denegarán la inscripción de las escrituras públicas de préstamos o crédito con garantía hipotecaria cuando no cumplan la legalidad vigente y, muy especialmente, los requisitos establecidos en la propia Ley 2/2009. A su vez, el apartado 3º del mismo precepto, precisa que la decisión del funcionario –*rectius*, registrador- que deniegue la inscripción de alguna de las cláusulas del préstamo o crédito con garantía hipotecaria, deberá efectuarlo mediante escrito motivado en hechos y fundamentos de Derecho, resultando recurrible esta decisión –en realidad un nota de calificación- ante la DGRN, de conformidad con la legislación específica, lo que no debe obstar la impugnación por los otros mecanismos de control de la labor de calificación de los registradores de la propiedad y, en particular, en los arts. 19.*bis* y 328 de la LH. Parece razonable sostener entonces que la labor de calificación debe extenderse, en los términos ya examinados a las cláusulas referidas en el párrafo 1º del art. 12 de la LH.

La anterior previsión se cohonesta de manera adecuada con posibilidad de apreciación de oficio de las cláusulas contractuales abusivas en los contratos de consumo y su consiguiente declaración de nulidad, teniéndolas por no puestas –o por no incorporadas-⁵⁶, resultando esta apreciabilidad «*ex officium*» aplicable

56 Entre otros, afirman la virtualidad de este control de oficio, MIQUEL GONZÁLEZ, J. Mª: «La nulidad de las condiciones generales», en *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución* (J. DELGADO ECHEVERRÍA, Coord.), Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pág. 219; *ibidem*, «Comentario del artículo 8 de la LCGC», en *Comentarios a la Ley de sobre Condicio-*

no sólo a los Órganos jurisdiccionales, sino a cualquier funcionario público, cuya obligación es precisamente negar cualquier cooperación a la producción de efectos de los actos y contratos contrarios a las leyes cogentes, como ya enseñara DE CASTRO⁵⁷. Pues bien, la ya referida STJCE, Sala 4ª, de 04 de junio de 2009

nes Generales de la Contratación (A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ Y L. DÍEZ-PICAZO), Ed. Civitas, Madrid, 2002, págs. 478 a 482 –donde afirma que «la nulidad de pleno derecho y la no incorporación conducen a los mismos resultados. Ambas pueden ser apreciadas de oficio y solamente en beneficio del adherente»-; ÁLVAREZ LATA, N.: «Invalidez e ineficacia de los contratos de consumo», en *Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor* (J. M. BUSTO LAGO, Coord.), *op. cit.* (2ª edic.), pag. 211; PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F.: «Los contratos de adhesión y la contratación electrónica», en *Tratado de contratos* (R. BERCOVITZ, Dir.), T. II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 1668 y 1669 (§§.304 y 305); GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.: «Comentario del artículo 83 del TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (R. BERCOVITZ, Coord.), Ed. Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pág. 989. En la jurisprudencia, la SAP Murcia, Sección 2ª, de 01 de febrero de 2000 [AC 2000\774] –de la que es ponente C. M. Díez Soto- contiene una amplia argumentación a favor de la apreciación de oficio de la nulidad de cláusulas de condiciones generales en el seno de un juicio ejecutivo en rebeldía del demandado.

Con todo, no puede obviarse la existencia de un parecer doctrinal –y jurisprudencial- remiso a la apreciabilidad de oficio de la nulidad de pleno derecho de las condiciones generales de los contratos, radicando la fundamentación en los principios rectores del procedimiento civil, configurado con arreglo a los principios dispositivo y de contradicción. En este sentido se han pronunciado, entre otros, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H.: «Una nueva necesidad: la protección frente a los desatinos del legislador (Comentario atemorizado sobre la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación)», *ADC*, 1998, pág. 1305; PASQUAU LIAÑO, M.: «Comentario del artículo 10 de la LCGC», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (R. BERCOVITZ, Coord.), Ed. Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 285.

- 57 El deber general de todos los funcionarios públicos de no prestar su cooperación en orden a atribuir algún género de eficacia a los actos y contratos nulos de pleno derecho es advertido por DE CASTRO al hablar de la eficacia general de las normas jurídicas y de la eficacia de los actos contrarios a la ley (*vid.* DE CASTRO y BRAVO, F.: *Derecho civil de España*, T. I, Libro preliminar (*Introducción al Derecho civil*), Ed. IEJ, Madrid, 1949 [2ª edic.; edic. facsímil, Ed. Civitas, SA, Madrid, 1984], pág. 539 y nota núm. 1). Este mismo autor desarrolla estas ideas al hablar de los caracteres de la ineficacia de los negocios nulos y, precisando el alcance del efecto inmediato de la nulidad, afirma que «los funcionarios, en general, han de tener en cuenta dicho carácter de la nulidad, pues habrán de negar su colaboración a cualquier título jurídico que sea visiblemente nulo (nulidad “*apud acta*”). Así, se negará la autorización notarial, cuando a juicio del Notario “el acto o el contrato, en todo o en parte, sean contrarios a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para la plena validez de los mismos” (art. 145, párr. 2, Reg. Not.),

[TJCE 2009\155] confirma que la apreciación de la nulidad de pleno derecho de cláusulas contractuales predispuestas en los contratos de consumo no requiere una declaración judicial previa, de manera que desautoriza la interpretación en sentido contrario que pudiera realizarse del art. 84 del TRLGDCU en orden a argumentar que el control de legalidad de aquellas cláusulas compete exclusivamente a los órganos jurisdiccionales⁵⁸.

La STJCE, Sala 4ª, de 04 de junio de 2009 [TJCE 2009\155] trae causa de una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 TCUE, por el «*Budaörsi Városi Bíróság*» (Hungría), mediante resolución de 22 de mayo de 2008, en el procedimiento entre «Pannon GSM Zrt.» y Erzsébet Sustikné G., en relación con el cumplimiento de un contrato de abono telefónico celebrado entre dichas partes. Este contrato se celebró sobre la base de un formulario suministrado por «Pannon» que establecía que, con la firma del contrato, la Srª. Sustikné G. tomaba conocimiento del reglamento de explotación, en el que se incluían las condiciones generales de la contratación y que forman parte inseparable del contrato, aceptando su contenido. En virtud del referido reglamento de explotación, las dos partes en el litigio principal reconocían la competencia del tribunal correspondiente al domicilio social de la entidad mercantil «Pannon» para toda controversia nacida del contrato de abono o relacionada con éste. Las partes no negociaron

y ellos serán también rechazados por los Encargados de los Registros públicos, que hayan de calificarlos para su inscripción (arts. 18, 65, LH, arts. 41, 45, Reg. RM, art. 27, LRC)» (cfr. DE CASTRO y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1985 [edic. facsímil de la del INEJ, Madrid, 1971], págs. 475 y 476 [§.524]).

- 58 En este sentido, expresamente, MIQUEL GONZÁLEZ, J. Mª: «Libertad contractual, condiciones generales y control de legalidad», en *El Notario del siglo XXI*, núm. 30, marzo – abril de 2010, pág. 43. Disentimos entonces del parecer sostenido por autores como CORDERO LOBATO que, interpretando precisamente el art. 18 de la Ley 2/2009, consideran que el Registrador sólo podrá denegar la inscripción de cláusulas que hayan sido declaradas nulas por sentencia firme inscrita en el RCGC. En este sentido se pronuncia E. CORDERO LOBATO en «Las cláusulas financieras de los préstamos hipotecarios y la ejecución sumaria de la hipoteca. Las cláusulas abusivas en la intermediación financiera», Ponencia impartida el día 5 de noviembre de 2009 en el Curso «*Nuevas perspectivas sobre el TRLGDCU. Problemática en la ejecución de laudos arbitrales*», organizado por el CGPJ y dirigido por J. L. SEOANE SPIEGELBERG, pág. 12 del original mecanografiado.

individualmente la mencionada cláusula de atribución de competencia, siendo una cláusula predispuesta. A juicio del TJCE, el Juez que conoce del asunto ha de garantizar el efecto útil de la protección que persigue la Directiva 93\13\CEE. Por consiguiente, el papel que el Derecho comunitario atribuye de este modo al Juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, incluso en el momento de la apreciación de su propia competencia territorial (§.32 de la citada STJCE). En consecuencia, *«el Juez nacional deberá examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello. Cuando considere que tal cláusula es abusiva se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone. Esta obligación incumbe asimismo al juez nacional en el momento de la apreciación de su propia competencia territorial»* (§.35). Atendiendo a este deber que incumbe al Juez nacional, éste ha de determinar si una cláusula contractual inserta en un contrato de cláusulas predispuestas celebrado con un consumidor como la que es objeto del litigio principal del que trae causa la cuestión prejudicial que se resuelve, reúne los criterios requeridos para ser calificada de abusiva en el sentido del art. 3, apartado 1, de la Directiva 93\13\CEE, de 5 de abril⁵⁹.

59 En este sentido, pueden verse también las SSTJCE de 27 de junio de 2000 [EDJ2000/13642] y de 21 de noviembre de 2002 [EDJ 2002/6149]. En esta última se añade que hay que impedir que las cláusulas abusivas vinculen a los consumidores y que es posible que los consumidores ignoren sus derechos o incluso que los gastos que acarrea el ejercicio de una acción ante los tribunales les disuadan de defenderlos. Para evitar esos riesgos es necesario que la facultad del órgano jurisdiccional que conoce de la anulación –y también del ejecutor– se extienda a aquellos supuestos en los que el consumidor no ha invocado el carácter abusivo de la cláusula. En la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales nacionales asumen este control de oficio de las cláusulas abusivas en contratos de consumo, *v.gr.*, la Sentencia de la AP de Madrid, Sección 10ª, de 22 de febrero de 2008 [EDJ 2008\38971]; el Auto de su Sección 21ª, de 10 de junio de 2008 [EDJ 2008\140779] y el Auto de su Sección 20ª, de 28 de octubre de 2008 [JUR 2009\35299] –la AP confirma la Sentencia dictada en la primera instancia, en virtud de la que se denegó la ejecución del laudo arbitral al entender que la asociación administradora del arbitraje adoleció de falta de imparcialidad en el laudo arbitral, de modo que éste devino contrario al orden público y, en consecuencia, nulo. Por el contrario, con mejor criterio, la AP de Madrid deduce la facultad del Juez de analizar la validez del convenio arbitral del requisito de aportar a

Precisa el TJCE que al determinar tal extremo, *«el Juez nacional deberá tener en cuenta el hecho de que una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, que ha sido incluida sin haber sido objeto de negociación individual y que atribuye competencia exclusiva al tribunal en cuya circunscripción está situado el domicilio del profesional, puede ser considerada abusiva»*.

la solicitud del despacho de ejecución el contrato arbitral y de la obligación a cargo del Juez de examinar la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales de ejecución, circunstancias que demuestran que se exige al Juzgador una actitud activa y no meramente pasiva. Además, a la luz de la más reciente normativa protectora de consumidores, tanto nacional como comunitaria, la situación de inferioridad en la que se encuentra el consumidor frente al profesional hace necesaria una intervención positiva del Juez a efectos de la corrección del desequilibrio. Por tanto, cuando se trate de consumidores, los preceptos de la LAr./2003 y de la LECiv deben interpretarse de conformidad con RDLeg. 1/2007 y la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril. Todo ello justifica la competencia del Juez para analizar las circunstancias del laudo arbitral que se haya dictado contra el consumidor. Si llega a la conclusión de que el convenio arbitral es nulo, el Juez no debe acceder a la ejecución de tal laudo, aun cuando ninguna de las partes hubiera instado su anulación en el momento oportuno del procedimiento— (sobre esta Sentencia puede verse la nota de LYCZKOWSKA, K.: «Denegación del despacho de ejecución de un laudo arbitral por nulidad del convenio arbitral apreciada de oficio», en www.uclm.es/cesco); y los Autos AP de Barcelona, Sección 15ª, de 30 de abril de 2008 [EDJ 2008/99084], de 01 de julio de 2008 [EDJ 2008/169228]. En este mismo sentido, el AAP de Barcelona, Sección 15ª, de 8 de octubre de 2008 [EDJ 2008/266044] afirma que *«el sistema instaurado por la Directiva se basa en la idea de que la situación de desequilibrio entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato [...]». La facultad del juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el art. 6 de la Directiva —impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva—, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su art. 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores»*. También el AAP Asturias, Sección 1ª, 80/2009, de 23 de junio [JUR 2009\309056] ha considerado procedente la declaración de oficio de cláusulas abusivas en el marco de un proceso monitorio.

5. Régimen del redondeo en préstamos a interés variable. Nulidad de las cláusulas de «redondeo al alza»

La DA 12ª de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de *Medidas de Reforma del Sistema Financiero*⁶⁰, que entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE (*ex DF 3ª*), bajo la rúbrica «régimen del redondeo en determinadas operaciones de crédito», prescribe la prohibición del llamado «**redondeo al alza o por exceso**» de los préstamos formalizados a interés variable y garantizados con hipoteca, caución, prenda u otra garantía equivalente, que sólo podrá efectuarse al extremo del intervalo pactado más próximo, sin que pueda exceder de 1/8 de punto. La norma se pronuncia en los siguientes términos:

«En los créditos y préstamos garantizados mediante hipoteca, caución, prenda u otra garantía equivalente que, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, se formalicen a tipo de interés variable, podrá acordarse el redondeo de dicho tipo. En el supuesto anterior, el redondeo del tipo de interés habrá de efectuarse al extremo del intervalo pactado más próximo, sin que éste pueda sobrepasar al octavo de punto».

Con esta previsión normativa, el legislador vino a fijar, en una norma de rango legal, la doctrina dimanante de una serie de resoluciones jurisprudenciales de distintos Juzgados de Primera Instancia (*v.gr.*, SJPI núm. 2 de Madrid de 25 de octubre de 2002 [AC 2003\362]; SJPI Baleares, núm. 14 de Palma de Mallorca, de 27 de noviembre de 2002 [AC 2003\361]; SJPI núm. 34 de Barcelona de 26 de marzo de 2003 [AC 2003\843] y SJPI núm. 21 de Barcelona de 17 de octubre de 2003 [AC 2003\1625]) y Audiencias Provinciales (*v.gr.*, SAP de Madrid, Sección 11ª, de 10 de octubre de 2002 [AC 2002\1417] y SAP de Baleares, Sección 5ª, de 17 de marzo de 2003 [AC 2003\1624]) resolviendo litigios promovidos por particulares y por la asociación «AUSBANC», que han declarado abusivas en los términos del art. 10.*bis* de la LGDCU –ahora, art. 82 TRLGDCU- y, en consecuencia, nulas de pleno derecho (*ex art.* 83.1 del TRLGDCU) las cláusulas contractuales insertadas en contratos de préstamo con garantía hipotecaria y con interés variable, en virtud de las que se establece el redondeo al alza o por exceso del interés resultante de la aplicación del índice de referencia y, en su caso, el diferencial pactado. Con carácter

60 BOE núm. 281, de 23 de noviembre, de 2002.

general, las cláusulas predisuestas en contratos de consumo de redondeo al alza en la determinación del precio de un producto o de un servicio han sido hoy incluidas expresamente como cláusulas abusivas en la lista negra que se contiene en los arts. 85 a 91 del TRLGDCU, en particular en el art. 87.5 del TRLGDCU.

Declarando la nulidad de las cláusulas contractuales de redondeo al alza del tipo de interés variable en préstamos con garantía hipotecaria, se ha pronunciado, *v.gr.*, la SAP de Barcelona, Sección 19ª, de 19 de marzo de 2004 [JUR 2004\122712], en virtud de la que se confirma la Sentencia dictada por el JPI núm. 3 de Hospitalet de Llobregat de fecha 30 de mayo de 2003 en un litigio promovido por un particular, deudor hipotecario, frente a la entidad financiera «Caixa d'Estalvis de Sabadell». En el FD 2º de esta Sentencia, se argumenta que la cláusula contractual de redondeo al alza del tipo de interés variable (la cláusula era del siguiente tenor: «*Tercera bis.- Tipos de interés variable de la segunda fase: a) tipo de interés nominal anual aplicable. El tipo de interés nominal aplicable en cada uno de los periodos de interés de esta fase será igual a la suma del índice de referencia, principal o sustitutivo, y del diferencial. Dicho tipo de interés será redondeado en 0'250 puntos al alza después de aplicar el diferencial al índice para el índice de preferencia principal y del 0'250 puntos al alza después de aplicar el diferencial al índice, para el índice de preferencia sustitutivo*») es abusiva, en los términos del art. 82.1 del TRLGDCU, por la siguientes razones:

1ª) Es una cláusula contraria a la buena fe, en cuanto constituye un pacto que impone a una de las partes una especial onerosidad que carece de causa, la buena fe a la que se alude en el art. 82.1 del TRLGDCU se contempla un sentido objetivo en los términos de los arts. 7.1 y 1258 del CC. En este caso, la ausencia de la buena fe radica en la existencia de un desequilibrio contractual importante para el consumidor y ello porque siempre en virtud del redondeo al alza será la entidad prestamista la que tenga derecho a percibir un tipo de interés mayor, al no preverse la posibilidad de redondeo a la baja o por defecto. Por el contrario, si se pactase el redondeo al intervalo más próximo (tanto si es al alza, como si es a la baja) el impacto financiero producido será neutro, pues aquel repercutiría tanto a favor del consumidor, como de la entidad financiera.

2ª) La aplicación de la cláusula en cuestión causa un perjuicio objetivo, de naturaleza patrimonial, al consumidor y ello porque el impacto financiero repercute en

cualquier caso a favor de la entidad de crédito, perjudicando de este modo siempre al cliente o consumidor. De esta manera se encubre a favor de la entidad financiera una parte del préstamo hipotecario, que variará según que el intervalo de redondeo utilizado sea sobre la fracción decimal de punto «redondeo a la décima», o sobre el cuarto de punto más próximo, como el caso resuelto por la Sentencia que nos ocupa, «redondeo al cuartillo». Por el contrario, el impacto financiero del redondeo, resultaría ser una práctica admisible y válida, desde la perspectiva de las normas tuitivas del consumidor o del cliente bancaria y ello porque, al redondear al intervalo más próximo -a la alza o a la baja-, supone que el impacto financiero para las partes del contrato de préstamo sea neutro, al repercutir tanto a favor del consumidor como de la entidad financiera prestamista.

3ª) La cláusula de redondeo al alza supone un desequilibrio importante, desproporcionado o no equitativo de los derechos y obligaciones de las partes del contrato de préstamo en perjuicio del consumidor prestatario, favoreciendo o beneficiando –en términos económicos o patrimoniales- exclusivamente a la entidad financiera (prestamista). Por esta razón el legislador acabó restringiendo esta «*mala práctica*» bancaria en una norma con rango de Ley –en la Ley 44/2002, de 22 de noviembre-. Desde esta perspectiva, lo que el legislador ha venido a consagrar es el criterio de conformidad con el cual las cláusulas de redondeo al alza suponen un desequilibrio contractual de los derechos y obligaciones de las partes, por cuanto resultan favorables única y exclusivamente a la entidad financiera, al tiempo que se pone de manifiesto que carecen de justificación y comportan un flagrante perjuicio al consumidor, contrario al principio de buena fe objetiva, pues no se prevé la posibilidad del redondeo al intervalo más próximo del tipo de interés resultante conforme al índice de referencia pactado. El redondeo siempre al alza repercute siempre a favor de la entidad financiera, con lo que los intereses económicos del consumidor resultan menoscabados. En definitiva, sólo el redondeo al intervalo más próximo (al alza o a la baja) constituiría una operación neutra que favorece y/o perjudica por igual a las partes contratantes en un justo equilibrio de los derechos y obligaciones derivadas del contrato de préstamo, corrigiéndose de este modo los desequilibrios abusivos producidos en el sistema del redondeo al alza.

En virtud de las razones expuestas, las cláusulas del tipo de la que es objeto de la Sentencia citada son nulas de pleno derecho por ser abusivas en los términos de los

arts. 83.1 del TRLGDCU –en relación con su art. 82- y 8.2 de la LCGC, en cuanto conllevan un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato de préstamo, en beneficio exclusivo de una de ellas –la entidad bancaria o financiera (el profesional o empresario prestamista)-, al tiempo que suponen un quebranto de la buena fe objetiva, en perjuicio del consumidor (prestatario) En consecuencia, el consumidor que, en la posición de prestatario, haya concertado, en su momento, un contrato de préstamo con garantía hipotecaria –o similar-, con cláusula de interés variable en la que se prevea la posibilidad de redondeo al alza del tipo de interés aplicable, puede solicitar de la entidad bancaria o financiera que actúa en la posición de prestamista:

1º) La inmediata inaplicación de la cláusula de redondeo al alza del tipo de interés incluida en el contrato de préstamo concertado, de manera que en las cuotas posteriores que hayan de ser abonadas por el consumidor prestatarias se refleje la cantidad a pagar sin la repercusión económica que supone el redondeo.

2º) El recálculo de las cuotas correspondientes a la restitución del importe del préstamo que ya hayan sido satisfechas, desde la fecha de la primera revisión hasta la última cuota abonada, aplicando el tipo de interés de referencia pactado en cada momento y, en su caso, el diferencial pactado sin redondeo; así como el abono –o, en su caso, la compensación en las cuotas posteriores- del importe resultante de la diferencia entre la cantidad abonada por el prestatario resultante de la indebida aplicación del porcentaje de redondeo y la que resulta ser la realmente debida, resultante de descontar el porcentaje que supone el redondeo al alza.

Obviamente estas peticiones pueden realizarse por una vía o procedimiento extrajudicial (*v.gr.*, mediante un requerimiento dirigido a la entidad financiera a través un procedimiento fehaciente, dirigido a la entidad financiera que actúe como prestamista) y en el caso de que no sean atendidas debidamente por la entidad prestamista, puede ejercitarse por el consumidor perjudicado, en vía judicial, la acción de nulidad de la cláusula contractual en la que se contemple la cláusula de redondeo al alza del tipo de interés y la pertinente acción de reclamación de cantidad que corresponda, como consecuencia del recálculo de la cantidad adeuda, pudiendo ser incrementada con la solicitud de una indemnización por los daños y perjuicios adicionales que hubiese experimentado el consumidor.

3º) Comoquiera que la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, constituye una infracción administrativa tipificada en el art. 49.1, letra *i*), del TRLGDCU, consumidor de crédito que haya suscrito un contrato con cláusulas abusivas, además de tener el derecho a exigir la declaración de nulidad o no incorporación de la cláusula inserta en el contrato de préstamo y la consiguiente reparación de los daños y perjuicios padecidos como consecuencia de su aplicación, puede, mediante denuncia ante la Administración de consumo, instar la incoación de un procedimiento administrativo-sancionador contra el empresario o profesional que las haya introducido en el contrato –la entidad financiera prestamista-; y actuar como interesado en el procedimiento, e incluso exigir, en vía administrativa, el resarcimiento de los daños y perjuicios que la cláusula (o práctica no consentida) le haya ocasionado a tenor de lo previsto en el art. 48 del TRLGDCU. Sobre esta cuestión tuvo ocasión de pronunciarse la STS, Sala 3ª, de 24 de noviembre de 2009 [La Ley 247655/2009], en virtud de la que se estimó el recurso de casación interpuesto por la entidad financiera -«Banca March, S.A.»- que había sido sancionada por la Dirección General de Consumo del Gobierno de las Islas Baleares precisamente por incorporar en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria pactados con interés variable cláusulas de redondo al alza. La argumentación realizada por el TS radica en la consideración de que, en la fecha en que la sanción fue impuesta, el 10 de octubre de 2001, existían dudas razonables acerca de la punibilidad de la conducta en el momento en que la conducta sancionada fue desarrollada. Razona el TS que la cláusula se admitía en la práctica financiera, y aún cuando pudo estar bajo sospecha era una práctica aceptada, y a la que ningún reparo puso el Banco de España que la asumía y le daba plena validez hasta que la misma fue prohibida, estimando la existencia de una actuación arbitraria de la Administración cuando requerida para ello no explicó el motivo por el que sancionaba a la recurrente y no a otras en la misma situación. La Sentencia dictada en la instancia mantuvo que como la Administración al sancionar actuaba dentro de la legalidad no había posibilidad de incurrir en arbitrariedad, considerando el TS que se trata de una declaración claramente errónea cuando de lo que se trataba era de explicar no el trato desigual sino el tratamiento arbitrario consistente en sancionar a alguien por algo que era notorio practicaban cuantos se dedicaban a la misma actividad, aún cuando no hubieran sido denunciados por ello.

II. LA LIBERTAD DE FIJACIÓN DE LAS COMISIONES POR OPERACIONES O SERVICIOS PRESTADOS POR ENTIDADES DE CRÉDITO

El art. 5 de la **Orden del Ministerio** de Economía y Hacienda de **12 de diciembre de 1989**, *sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito*⁶¹, ha consagrado el principio de libertad en la fijación de las comisiones por operaciones o servicios prestados por las entidades de crédito (*v.gr.*, SAP Pontevedra, Sección 1ª, de 11 de febrero de 1999 [AC 1999\392]).

La norma tercera de la **Circular** del Banco de España (cuya facultad de dictar este tipo de normas se reiteró en el art. 3 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España, y en el art. 3 de la Ley 12/1998, de 28 de abril, que modificó aquélla) **8/1990, de 7 de septiembre**, *sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela*⁶², de manera acorde, reitera que «*todas las entidades de crédito establecerán libremente sus tarifas de comisiones, condiciones y gastos repercutibles a la clientela por las operaciones o servicios realizados o iniciados en España, sin otras limitaciones que las contenidas en la Orden y en la presente Circular*», al tiempo que precisa que «*las tarifas comprenderán todas las operaciones o servicios que la entidad realiza habitualmente*», pudiendo excluirse de las tarifas las comisiones derivadas de servicios financieros de carácter excepcional o singular, y las que puedan corresponder a garantías crediticias, a aseguramiento de emisiones privadas y a servicios de factoraje sin recurso. No obstante, podrán incluirse en las tarifas, con carácter indicativo, comisiones para estos servicios, sin perjuicio de que se les aplique en cada caso el tipo pactado. En las tarifas de comisiones y gastos repercutibles se indicarán los supuestos y, en su caso, periodicidad con que serán aplicables. No se tarificarán servicios u operaciones no practicados. Tampoco se incluirán en las tarifas, sin perjuicio de su reflejo en los contratos correspondientes, las penalizaciones o indemnizaciones que deba pagar el cliente por incumplimiento de sus obligaciones contractuales o que sean consecuencia expresa de la compensación del lucro cesante en que incurra la entidad.

61 BOE núm. 303, de 19 de diciembre de 1989.

62 BOE núm. 226, de 20 de septiembre de 1990.

A propósito de la contratación con entidades bancarias o de crédito, la **jurisprudencia de las Audiencias Provinciales** considera que en los contratos de cuenta crédito, corriente bancaria, o mediante pago con tarjetas de crédito es necesario fijar con exactitud el interés aplicable, comisiones o gastos y el momento de exigibilidad del descubierto, procedimiento para modificación del tipo de interés pactado, resultando ser inadmisibles las remisiones genéricas a las tarifas. Las cláusulas contractuales que remiten a las tarifas o a documentos en poder del Banco resultan prohibidas en virtud de lo dispuesto en el art. 7.4 de la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989 y en la norma 6ª de la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre. En este sentido se ha pronunciado la SAP de Barcelona, Sección 4ª, de 28 de febrero de 2001 [JUR 2001\149353], declarando la nulidad de las comisiones por descubierto en contratos bancarios de descuento fijadas mediante la simple remisión genérica a las tarifas del banco, infringiéndose así las exigencias de claridad y precisión en su establecimiento.

Son frecuentes las resoluciones jurisprudenciales a tenor de las cuales se declara la nulidad de las cláusulas contractuales en las que se contempla el cobro de comisiones por incumplimiento de algunos de los requisitos previstos en las normas sectoriales a las que se ha hecho referencia. En particular, la SAP Asturias, Sección 5ª, de 29 de noviembre de 1996 [AC 1996\2046] declaró la nulidad de las comisiones bancarias aplicadas en los supuestos de descubiertos en cuentas corrientes con fundamento en la falta de comunicación al Banco de España de la periodicidad concreta de las liquidaciones. Por su parte, la SAP de Córdoba de 31 de julio de 2000 declaró la nulidad de las comisiones aplicadas en los supuestos de descubiertos en cuenta corriente debido a la falta de especificación del carácter variable del porcentaje fijado como comisión.

III. LA VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS -PREDISPUES- DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

En cuanto a los pactos de vencimiento anticipado por impago de cuotas vencidas o disminución de las garantías del prestatario en los contratos bancarios de préstamo, la jurisprudencia admite su validez y eficacia siempre que dichos pactos se basen en una causa justa y no queden al arbitrio del profesional o prestamista. En este sentido

puede precisarse que una cláusula contractual inserta en un contrato bancario en la que se prevé la resolución anticipada del préstamo sin concretar la obligación del prestatario que se ha de incumplir para habilitar la facultad resolutoria por la entidad prestamista, así como la extensión de la facultad resolutoria a supuestos de incumplimiento de obligaciones accesorias -el art. 1124 del CC y la jurisprudencia que lo interpreta admite la resolución por incumplimiento de obligación esenciales abusiva y, por lo tanto, nula de pleno derecho pues estaremos en presencia de una causa no suficientemente justificada ni objetivada, que además aumenta las facultades resolutorias de la entidad prestamista en relación con la obligación del prestatario, vulnerando el principio de reciprocidad al carecer de entidad suficiente para justificar esa grave consecuencia. Asimismo, la previsión contractual de la resolución del contrato por impago de una sola cuota del préstamo resulta ser una sanción desproporcionada, cuando aparece como resolución automática sin posibilidad de que el cliente pueda continuar efectuando el pago, aun soportando el interés de demora, creando así una situación injusta y desproporcionada (FD 8º de la **SJPI núm. 44 de Madrid de 24 de septiembre de 2003** [AC 2003\1475], aclarada por Auto de 13 de octubre de 2004).

En la demanda, ejercitando un acción colectiva al amparo de las previsiones de la LCGC, interpuesta por la Organización de Consumidores y Usuarios («OCU»), contra la entidades bancarias «Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA (BBVA)», «Bankinter, SA», «Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (Caja Madrid)» y «Banco Santander Central Hispano, SA (BSCH)», se pretendía, además de las consecuencias aparejadas a un pronunciamiento estimatorio, se declarasen abusivas y, en consecuencia, nulas de pleno derecho, determinadas cláusulas de contratos de condiciones generales incluidas en los documentos de «Caja Madrid» (Libreta de Ahorro y Cuenta Corriente) y del «BBVA» (contrato de tarjeta), por cuanto en ellas se incluía una cláusula referida a la aplicación (cobro) de comisiones «por administración y mantenimiento de la cuenta, cuya cuantía figurará en cada momento en el libro de tarifas y comisiones, y cualquier otra permitida por la Ley vigente y también publicada en dicho libro» («Caja Madrid»); y la otra «Las Tarifas generales de comisiones y gastos repercutibles del Banco se hallan a disposición del titular en todas las oficinas del Banco» («BBVA»), y ello porque la OCU estima que infringen el deber de información al cliente. La demanda fue resuelta en virtud de la antes citada **SJPI núm. 44 de Madrid de 24 de septiembre**

de 2003 [AC 2003\1475], declarando la nulidad de las cláusulas citadas, confirmada en este aspecto por la **SAP Madrid, Sección 13ª, de 11 de mayo de 2004 [AC 2005\832]**. El recurso de casación interpuesto por la entidad actora -«OCU»- fue resuelto por la **STS 792/2009, de 16 de diciembre [RJ 2010\702]**, en la que se declaró que la cláusula sobre vencimiento anticipado por impago de una sola cuota del préstamo no es abusiva. Argumenta el TS que la doctrina jurisprudencial más reciente ha declarado, al amparo del principio general de la autonomía privada en el ámbito del Derecho civil patrimonial que consagra el art. 1255 CC, la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concorra justa causa –verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo-. De manera acorde con este parecer se había pronunciado ya el TS en sus precedentes Sentencias de 7 de febrero de 2000 -para el ámbito del contrato de arrendamiento financiero- [RJ 2000\282]; de 9 de marzo de 2001 [RJ 2001\3185]; de 4 de junio de 2008 [RJ 2008\3196] y de 12 de diciembre de 2008 [RJ 2009\152], estimando, en este último caso, la acción de cesación ejercitada.

La ya citada **STS 792/2009, de 16 de diciembre [RJ 2010\702]**, declara abusiva la cláusula predispuesta en virtud de la que procede la resolución anticipada del préstamo por incumplimiento de prestaciones accesorias, precisando que de la cláusula objeto de litis se deduce que únicamente se encuentra orientada al incumplimiento del consumidor, sin prever ninguna sanción correlativa para el caso del incumplimiento del empresario prestamista⁶³. Señala el TS que esta cláusula resulta desproporcionada por atribuir carácter resolutorio a cualquier incumplimiento y, como es conocido, esta consecuencia solo cabe, en los contratos bilaterales, a tenor del régimen contractual primario común, cuando se trata del incumplimiento de una obligación de especial relevancia y en ningún caso si se

63 Algunas notas sobre el contenido de esta STS pueden verse en los siguientes trabajos: MARTÍNEZ ESPÍN, P.: «Cláusulas abusivas en contratos bancarios», en <http://www.uclm.es/centro/cesco/>, febrero de 2010; PÉREZ HERRERA, J.: «Cláusulas abusivas en la contratación en masa», en *El Notario del siglo XXI*, nº. 30, marzo-abril de 2010, págs. 30 a 34; ÁLVAREZ MORENO, Mª T. : «La nulidad de las cláusulas abusivas en contratos bancarios: a propósito de la STS de 16 de diciembre de 2009 y la SAP Madrid 11 de mayo de 2005», *RDP*, núm. 3-4, 2010, págs. 69 a 106.

trata de obligaciones de carácter accesorio, teniendo que examinarse cada caso en particular para determinar la relevancia de la obligación incumplida. Considera el TS que la argumentación de la resolución recurrida, cuyo pronunciamiento en relación con la nulidad, por abusiva, de estas cláusulas, confirma, resulta conforme con la doctrina jurisprudencial más reciente que solo admite la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado cuando concurra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias, o incumplimientos irrelevantes. Argumentar de otra manera y mantener la validez de cláusulas contractuales de este tipo supondría dejar la resolución del contrato a la discrecionalidad de la entidad financiera predisponente, con manifiesto desequilibrio jurídico del contrato en perjuicio del consumidor prestatario, que es lo que se trata de tutelar con la regulación de las cláusulas contractuales no negociadas individualmente a tenor de las previsiones de los arts. 82.1 del TRLGDCU y concordantes.

Además, la STS 792/2009, de 16 de diciembre, confirmó la nulidad por abusivas de las siguientes cláusulas contractuales predispuestas o no negociadas individualmente, en la que se prevé la resolución anticipada del contrato de préstamos con garantía hipotecaria:

1ª) La cláusula en virtud de la que se establece la resolución anticipada del préstamo por imposibilidad de inscribir la garantía hipotecaria en el Registro de la Propiedad. En la Sentencia dictada en grado de apelación, la Sección 13ª de la AP de Madrid consideró abusiva esta cláusula en cuanto causa un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato y ello por cuanto la causa de la no inscripción pudo y debió haberla comprobado la entidad antes de la concesión del préstamo –atendiendo a su condición de profesional del crédito–, lo que impide que se penalice a la otra parte contratante imponiéndole la cláusula controvertida. Finalmente analiza la cláusula en relación con los condicionados generales utilizados por la entidad codemandada «Caja Madrid», y se remite a lo anteriormente razonado, añadiendo que al tiempo de la celebración del contrato en el que se incluye la cláusula que nos ocupa, son las entidades financieras prestamistas las que asumen el riesgo de hacer el desembolso que el préstamo conlleva confiando en la posterior inscripción de la hipoteca que garantice su restitución. A juicio del TS, la cláusula no distingue a quien sea imputable la

imposible constitución de la hipoteca. Es cierto que la hipoteca como garantía de la devolución del préstamo puede ser condicionante de la concesión de éste, pero no cabe hacer recaer exclusivamente sobre el prestatario -consumidor- la circunstancia de que la hipoteca prevista no se pueda constituir. La cláusula prevé *«la facultad del banco de resolver el préstamo si no pudiera registrarse el documento de hipoteca por cualquier motivo, incluso los ajenos al cliente»*, lo que supone desconocer que es de la entidad financiera prestamista y acreedora hipotecaria *«la carga o diligencia de hacer las comprobaciones pertinentes en el Registro antes de suscribir [el préstamo]»*. En definitiva, comoquiera que *«lo que se deduce de la cláusula es que la prestamista no responde en ningún caso, ni siquiera cuando el error deriva de la actuación de sus agentes»*, la cláusula establece una desproporción en el equilibrio jurídico del contrato y, en consecuencia, es abusiva.

2ª) La cláusula de vencimiento anticipado *«cuando se produzca el embargo de bienes del prestatario o resulte disminuida la solvencia por cualquier causa»*. La validez de esta cláusula ha de enjuiciarse desde el parámetro constituido por el Derecho dispositivo en esta materia, constituido por el art. 1129 del CC⁶⁴, a tenor del cual perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo en los siguientes supuestos: 1º) Cuando, después de contraída la obligación, resulta insolvente, salvo que garantice la deuda; 2º) Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviere comprometido; y, 3º) Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras. Esta previsión, de carácter objetivo, contempla eventualidades posteriores a la celebración contrato, pero la cláusula predispuesta cuya adecuación a Derecho se enjuicia va más allá, pues no se refiere a situaciones de insolvencia del deudor, sino a que se haya *«acordado un embargo o resulte disminuida la solvencia»*, lo

64 En la doctrina ha puesto de relieve el carácter dispositivo del art. 1129 del CC, precisamente a efectos de argumentar la validez de los pactos de vencimiento anticipado, RIVERA FERNÁNDEZ, M.: «Préstamos hipotecarios y cláusulas de vencimiento anticipado», BCNR, núm. 64, octubre de 2000, págs. 1950 a 1968. Sobre este mismo fundamento, CARRASCO ha calificado la doctrina que resulta de la STS que se comenta como sorprendente, al declarar válida la cláusula de vencimiento anticipado de crédito por impago de una sola cuota. Vid. CARRASCO PERERA, Á.: «Cláusulas bancarias válidas y nulas», AJA, nº 800, 10 de junio de 2010, sección «Tribuna».

que supone atribuir a la entidad financiera acreedora una facultad discrecional de resolución del contrato por vencimiento anticipado desproporcionada, tanto más que ni siquiera se prevé la posibilidad para el prestatario pueda enervar la causa de resolución mediante la constitución de nuevas garantías. Por consiguiente, precisa el TS no se trata de excluir que la entidad financiera mantenga las garantías adecuadas al crédito concedido, sino de evitar que cualquier incidencia negativa en el patrimonio del prestatario, efectiva o eventual, pueda servir de excusa al profesional –predisponente– para ejercitar la facultad de resolución del contrato. En consecuencia, la cláusula tal y como está redactada produce un manifiesto desequilibrio contractual, resulta ilícita por abusiva y, en consecuencia, es nula.

3ª) Cláusula de vencimiento anticipado en caso de arrendamiento de la finca hipotecada. Las cláusulas sometidas a enjuiciamiento, utilizadas por las distintas entidades codemandadas son del siguiente tenor: «1. [Mientras no esté totalmente reembolsado el préstamo, la parte prestataria queda obligada] *A no celebrar, sin consentimiento del BANCO, contrato alguno de arriendo en que se anticipen rentas o se pacte una renta neta inferior al 5% del tipo de subasta [...] ni, en caso de arrendamiento de vivienda, por plazo superior al mínimo legal de cinco años*» («BBVA»). «2. *En caso de arrendar la finca hipotecada durante la vigencia del préstamo, el prestatario se compromete a realizarlo según el artículo 219.2 del Reglamento Hipotecario. Es decir, se deberá arrendar por renta anual, que capitalizada al 6%, cubra la responsabilidad total asegurada. De no ser así, dicho arrendamiento requerirá la autorización explícita de BANKINTER*» («Bankinter»). «3. [El préstamo se considerará vencido por] *Arrendamiento de la finca o fincas que se hipotecan por renta que no cubra la cuota de amortización más los gastos o impuestos que la graven y la percepción de rentas anticipadas sin expresa autorización de la entidad prestataria*» («Caja Madrid»). En relación con estas cláusulas predispuestas, el TS realiza las siguientes consideraciones en el FD 19º de la Sentencia que nos ocupa: a) Que las cláusulas que someten a limitaciones la facultad de arrendar la finca hipotecada se deben circunscribir a los arrendamientos de vivienda *ex art. 13 de la LAU/1994*, por lo que, al generalizar, el art. 219 del RH se halla desfasado con el marco legislativo vigente. b) Que el pacto de vencimiento anticipado solo es operativo cuando se trata de arriendos gravosos o dañosos, entendiendo por tales los que suponen una minoración del valor de la finca en la perspectiva de la realización forzosa, bien por renta baja, o por anticipo de rentas. c) Que no existe una regla única para baremar la cuantía de la renta, y la

posible desproporción depende de las circunstancias del caso. En principio el 6% previsto en el art. 219 del RH no puede considerarse, «*per se*», desproporcionado a efectos de declarar abusiva la cláusula de referencia, sin que el Tribunal disponga de datos o informes técnicos para fundamentar una solución diferente. En el caso objeto de litis se declaran abusivas las referidas cláusulas de vencimiento anticipado porque no limitan su aplicación a los arrendamientos de vivienda excluidos del principio de purga en la ejecución forzosa (art. 13 de la LAU), siendo por lo demás exigible que, en su caso, las cláusulas que se redacten concreten el baremo o coeficiente que corrija la disminución de valor que el gravamen arrendaticio puede ocasionar al acreedor hipotecario. La declaración de estas cláusulas predispuestas como abusivas se funda, por el TS, en los apartados 14 y 18, inciso primero, DA 1ª de la LGDCU, y en la normativa general contenida en el art. 10.*bis* de la LGDCU, a tenor de la doctrina jurisprudencial en la materia

IV. LOS LÍMITES DERIVADOS DE LA APLICACIÓN DE LA REGLA A TENOR DE LA CUAL SOLO PUEDEN COBRARSE LOS SERVICIOS EFECTIVAMENTE PRESTADOS

A tenor de las previsiones contempladas ya en la Exposición de Motivos de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre [LMPCU], una de sus finalidades está constituida por dota de mayor claridad el cálculos de los precios de los contratos y, en particular, evitar la facturación de servicios no prestados efectivamente (párrafo 8º de su §.VI). Con este objetivo se añade al elenco de cláusulas abusivas a los efectos previstos en el art. 10.*bis* de la LGDCU, contenido en la DA 1ª de la misma, la 7.*bis* (actualmente incorporada en el núm. 5 del art. 87 del TRLGDCU, en el marco de las cláusulas contractuales abusivas por falta de reciprocidad), del siguiente tenor: «*Las estipulaciones que prevean redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los productos o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva*». En el ámbito del Derecho bancario no estamos ante una novedad, pues ya resultaba de la Norma 3ª.3 de la Circular 8/1990 del Banco de España, relativa a la Transparencia de las Operaciones y Protección de la Clientela (folleto de comisiones, remisión al Banco de España, información al cliente, etc.), a tenor de la cual, **las comisiones y gastos repercutidos sobre los clientes deben responder a servicios efectivamente**

prestados o gastos habidos, sin que, en ningún caso, puedan cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente. De igual forma, de conformidad con la Norma 6ª.6.c) de la misma Circular 8/1990, en los contratos asociados a la emisión de medios electrónicos de pago, el cobro de comisiones debe responder a servicios efectivamente prestados y aceptados o solicitados en firme por el cliente.

Constituye doctrina del Servicio de Reclamaciones del Banco de España que las comisiones y gastos repercutidos al cliente han de responder a servicios efectivamente prestados o gastos habidos, de manera que resulta improcedente el cobro de comisiones que no obedezcan a servicios realmente prestados. En el caso resuelto por la SJPI núm. 2 de Córdoba de fecha 31 de julio de 2000 [JUR 2000\1714] a propósito de la reclamación de una **comisión de devolución** indebidamente percibida por la entidad demandada que éstas carecen de causa *«pues toda la actividad ejercida por la entidad bancaria una vez resulta impagado un efecto bancario cedido en gestión de cobro o descuento es intrínseca al contrato, de modo que, careciendo de causa la obligación de conformidad con los artículos 1274 y 1261 del Código Civil, el contrato de descuento comporta la obligación para la entidad bancaria de presentar el documento al deudor y en caso de impago devolver el mismo al descontatario con la misma eficacia jurídica que tenía»*, invocando la doctrina resultante de la **STS de 18 de marzo de 1987 [RJ 1987\1516]**, *«con base en el existente contrato de descuento bancario, el Banco descontante ha de cumplir como presupuesto ineludible para poder cargar en la cuenta del descontatario el importe de las letras descontadas, una vez producido el impago de las mismas por el librado-aceptante, teniendo en cuenta que las referidas cambiales las recibe el Banco descontante como mera cesión “pro solvendo” (no “pro soluto”) y condicionada, por tanto, al buen fin de las mismas (“salvo buen fin”). La obligación fundamental que compete al Banco descontante, una vez producido el impago de las cambiales descontadas, es devolver éstas al descontatario con la misma eficacia jurídica que tenían cuando le fueron entregadas en virtud del contrato de descuento»*; obteniendo el Banco su justa retribución en las comisiones de gestión o de cobro, si así se hubieran pactado, así como por el tipo de interés de descuento, no pareciendo ajustado a derecho que una de las gestiones de cobro pueda erigirse en actividad susceptible de generar el derecho a percibir comisiones nuevas y adicionales, de las que se persiguen por el encargo del cobro.

La aplicación de la referida regla de conformidad con la cual el cobro de comisiones ha de obedecer a servicios efectivamente prestados constituye el fundamento jurídico de la **Sentencia de la AP de Huesca, Sección 1ª, de 31 de julio de 2006 [JUR 2006\229414]**, en virtud de la que se declara la ineficacia de la comisión por descubierto –y la consiguiente restitución de lo indebidamente percibido- cobrada al cliente de una entidad bancaria con independencia del tipo de interés pactado para el caso de que concurriese la referida contingencia. A juicio del Tribunal, no quedó acreditado que las comisiones por descubierto que el banco demandado cargó a su cliente –la parte actora en la litis- respondieran a un servicio efectivamente prestado por aquélla y distinto de la propia remuneración del descubierto. El hecho de que la entidad bancaria demandada no concretase los servicios retribuidos con la comisión por descubierto determinó la estimación de la demandada ejercitada por el cliente al que se la había repercutido la comisión por descubierto, junto con el cobro de los intereses contemplados para el caso de concurrencia de esta eventualidad.

V. COMISIONES DE ESTUDIO Y APERTURA

En los préstamos hipotecarios sobre viviendas a que se refiere el art. 1 de la Orden de 5 de mayo de 1994, *sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios*, de conformidad con lo dispuesto en la norma 3ª, apartado 1.bis, b de la Circular 8/1990 (añadido por la Circular 5/1994, de 22 de julio), ha dado carta de licitud al cobro de la denominada *comisión de apertura*, que se devengará una sola vez y que englobará cualesquiera gastos de estudio (*v.gr.*, tasación del inmueble que se pretende gravar con la hipoteca, búsqueda de su estado registral, etc.), de concesión o tramitación del préstamo hipotecario u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo. Ha de recordarse que los gastos de estudio se producen en interés de la entidad prestamista, de manera que sólo procede su cobro si se concede el préstamo solicitado, resultando dudosa la posible extensión de esta afirmación al resto de conceptos integrados en la comisión de apertura.

En el caso de préstamos denominados en divisas, la comisión de apertura incluirá, asimismo, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo. Las restantes comisiones y gastos repercutibles

a cargo del prestatario, que la entidad aplique sobre estos préstamos, deberán responder a la prestación de un servicio específico distinto de la concesión o de la administración ordinaria del préstamo.

VI. REEMBOLSO O CANCELACIÓN ANTICIPADA DEL PRÉSTAMO GARANTIZADO CON HIPOTECA

1. Facultad del consumidor prestatario y cuantía máxima de la comisión. De la comisión a la compensación

1.1. Comisión por cancelación subrogatoria

a) Contratos de préstamo con garantía hipotecaria concertados antes de la entrada en vigor de la Ley 41/2007

Mientras que en los contratos de crédito al consumo es facultad del prestatario cancelar anticipadamente el préstamo, sin perjuicio de las eventuales obligaciones que pueden afectar al deudor a que el propio art. 10 de la LCC, en el que se establece aquella facultad, se refiere; tratándose de préstamos hipotecarios, la cancelación anticipada es una facultad que habrá de regirse por lo pactado por las partes (entre otras, SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 30 de mayo de 2001 [AC 2001\1869]). La Orden del Ministerio de la Presidencia de 5 de mayo de 1994, sobre *transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios*, regula precisamente la necesidad de que en el documento del contrato se hagan constar los derechos del cliente en cuanto al posible reembolso anticipado de la operación. A tenor de lo dispuesto en su art. 7.4, el Notario ante el que se otorgue la escritura pública de constitución de la hipoteca deberá consignar expresamente en dicha escritura la cantidad que habrá de satisfacer el prestatario al prestamista con ocasión del reembolso anticipado del préstamo si es que se hubiese previsto el pago de alguna cantidad en este concepto, así como las circunstancias que supongan una limitación de la facultad del prestatario, siendo, además, deber del Notario advertir de estas circunstancias al prestatario.

En el caso de que la amortización anticipada traiga causa de una subrogación de la entidad que actúa en la posición de acreedora hipotecaria, el art. 3.3 de la LSMPH regula esta comisión por amortización anticipada. De conformidad con lo dispuesto en este precepto, en las subrogaciones que se produzcan en los préstamos hipotecarios, a **interés variable**, referidos en el art. 1 de la propia LSMPH (en el que se define su ámbito objetivo de aplicación), la cantidad a percibir por la entidad acreedora en concepto de comisión por la amortización anticipada de su crédito, se calculará *sobre el capital pendiente de amortizar* –y no sobre el total-, de conformidad con las siguientes reglas:

1ª) Cuando se haya pactado la posibilidad de amortización anticipada sin fijar comisión alguna, el prestamista no tendrá derecho a percibir cantidad alguna por este concepto.

2ª) Si se hubiese pactado una comisión de amortización anticipada igual o inferior al 1 por 100, la comisión a percibir por el prestamista será la pactada.

3ª) En los demás casos (esto es, si no se ha pactado expresamente la posibilidad de amortización anticipada o se ha pactado ésta con una comisión superior al 1%), la entidad acreedora solamente podrá percibir por comisión de amortización anticipada el 1 por 100 cualquiera que sea la que se hubiere pactado. No obstante, si la entidad acreedora demuestra la existencia de un daño económico que no implique la sola pérdida de ganancias, producido de forma directa como consecuencia de la amortización anticipada, podrá reclamar aquél. La alegación del daño por la acreedora no impedirá la realización de la subrogación, si concurren las circunstancias establecidas en la presente LSMPH, y sólo dará lugar a que se indemnice, en su momento, la cantidad que corresponda por el daño producido.

El enigmático último inciso de la regla 3ª del art. 3 de la LSMPH, que únicamente podría hacerse valer en créditos a interés variable y con una comisión pactada por cancelación anticipada superior al 1% y con la finalidad de resarcir un presunto daño emergente a la entidad financiera acreedora, carece en buena medida de contenido técnico, sin que, en ningún caso, pueda entenderse como una excepción al efecto extintivo del crédito que la subrogación supone.

En el caso de cancelación anticipada de un préstamo hipotecario a *interés fijo*, en virtud del acuerdo entre el Gobierno, «AEB» y «CECA» de octubre de 1996, se ha limitado el máximo de cuantía de la comisión por cancelación anticipada al 2,5%, siempre que la subrogación se concrete en un préstamo a interés variable. Este límite, fruto del citado acuerdo, no opera en los casos de subrogación a otro préstamo con un tipo de interés fijo.

b) Contratos de préstamo con garantía hipotecaria formalizados tras la entrada en vigor de la Ley 41/2007

La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de reforma de la LMH ha suprimido, para los contratos de préstamo con garantía hipotecaria que se formalicen tras la fecha de su entrada en vigor (el día 9 de diciembre de 2007 –*ex* disposición final 10ª-), la posibilidad de que las entidades acreedoras puedan percibir una cantidad en concepto de comisión, tanto en los supuestos de cancelaciones o amortizaciones anticipadas subrogatorias, como en el caso de amortizaciones o cancelaciones –amortizaciones totales- no subrogatorias, que se sustituyen por el establecimiento de las llamadas compensaciones por desistimiento y por riesgo del tipo de interés que se regulan en sus arts. 8 y 9, respectivamente. A tenor de las previsiones del art. 7 de la Ley 41/2007, este régimen resulta de aplicación, aun cuando no se haya previsto expresamente la posibilidad de amortización anticipada en los contratos celebrados bajo la vigencia de la nueva regulación siempre que se trate de alguno de los dos supuestos siguientes⁶⁵:

1º) Préstamo hipotecario del que es deudor una persona física y el bien gravado es una vivienda.

2º) Préstamo hipotecario cuyo deudor es una persona jurídica que tributa por el régimen fiscal de empresas de reducida dimensión en el Impuesto sobre Sociedades.

65 Una exposición sintética puede verse en LÓPEZ JIMÉNEZ, J. Mª y MUÑOZ DE BENAVIDES, C.: «Principales novedades de la Ley 41/2007, con relación al ámbito del mercado hipotecario y el sistema financiero», *La Ley*, núm. 6864, 18 de enero de 2008.

La entidad acreedora está obligada a expedir la documentación bancaria que acredite el pago del préstamo garantizado con la hipoteca, sin cobrar ninguna comisión por este concepto (art. 7.V de la Ley 41/2007).

1.2. Comisión por cancelación no subrogatoria

a) Contratos de préstamo con garantía hipotecaria concertados antes de la entrada en vigor de la Ley 41/2007

La disposición adicional 1ª de la LSMPH establece que en caso de amortización anticipada no subrogatoria, en los préstamos hipotecarios a interés variable, la entidad acreedora no podrá recibir por comisión más del 1 por 100 del capital que se amortiza, aunque estuviese pactada una comisión mayor. En la Exposición de Motivos de la LSMPH se razonaba que la finalidad de esta reducción estriba en que en esta modalidad de préstamos, a diferencia de lo que ocurre en los préstamos a tipo fijo, el acreedor asume habitualmente un escaso riesgo financiero, lo que asemeja en este caso dicha comisión de cancelación a una pena por desistimiento, y como esta pena es siempre equitativamente moderable por los Tribunales, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1154 del CC, resulta lógico concluir que esta moderación pueda efectuarse también por ley, muy especialmente en momentos de crisis económica y tratándose de contratos en masa de ejecución sucesiva y de larga duración, en los que el consumidor se ha adherido a un texto contractual preestablecido por la entidad de crédito. Frente a esta afirmación, no cabe objetar que esta limitación implique una injerencia de la Administración Pública en el libre funcionamiento del mercado, pues no es otra cosa sino una mejora del sistema jurídico-institucional para adecuar la ordenación del mercado a las necesidades de cada momento. En cuanto a la posible aplicación de esta previsión normativa a los préstamos hipotecarios concertados con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la LSMPH, ha de recordarse que el art. 1 de esta Ley establece expresamente que la subrogación será de aplicación a los contratos de préstamo hipotecario cualquiera que sea la fecha de su formalización, mientras que su DA 1ª, al extender la limitación de la comisión, en los préstamos hipotecarios a interés variable, a la amortización anticipada no subrogatoria, no contiene aquella precisión de ser aplicable a cualquier contrato de préstamo, independientemente de la fecha de su formalización. El art. 2.3 del CC establece una regulación subsidiaria y común de la eficacia de las normas

en el tiempo, que integrará la falta de disposición legal sobre retroactividad en cada momento, al disponer que las leyes no tienen efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario. El Juez, en caso de duda, debe decidirse por la no retroacción de la ley. Por otra parte, no puede olvidarse que, aún en el supuesto de falta de disposición normativa expresa al respecto, la doctrina habla con cierta laxitud de retroactividad tácita, para referirse a casos en los que ésta debe entenderse impuesta. Se citan al respecto las normas de competencia, organización, procesales, interpretativas, complementarias, consuntivas o que establecen un régimen general y uniforme o que tratan de evitar perjuicio de la salud pública, o por razones de moralidad o para eliminar situaciones inconvenientes en el orden político, social o económico. De conformidad con este parecer doctrinal, puede afirmarse que existen disposiciones que, por su mismo carácter, implican normalmente un tácito efecto retroactivo, como son las disposiciones que condenen como incompatibles a sus fines morales y sociales, las situaciones anteriormente constituidas -se supone este significado en las disposiciones prohibitivas, derogatorias, urgentes y persecutorias de anteriores fraudes- y las que tengan por objeto establecer un régimen general y uniforme, en cuanto sólo concediéndoles estos efectos retroactivos se puede conseguir la uniformidad propuesta. La aplicación retroactiva de la previsión normativa que nos ocupa se ha argumentado por la SAP de Baleares, Sección 3ª, de 23 de enero de 1995 [AC 1995\176].

b) Contratos de préstamo con garantía hipotecaria formalizados tras la entrada en vigor de la Ley 41/2007

Lo firmado en relación con la supresión de la posibilidad de las entidades acreedoras y titulares activas del derecho real de hipoteca de cobrar comisiones por amortizaciones anticipadas, totales o parciales, en los supuestos a los que se refiere el art. 7 de la Ley 41/2007, resulta también de aplicación a las cancelaciones no subrogatorias.

2. La compensación por desistimiento y la compensación por riesgo de tipo de interés

El art. 8 de la Ley 41/2007, de reforma del Mercado Hipotecario, modifica el régimen que se acaba de exponer y fija la comisión máxima que pueden cobrar las

entidades de crédito, tanto en cancelaciones subrogatorias, como no subrogatorias, total o parciales en los préstamos hipotecarios a que se refiere su art. 7, como compensación por desistimiento, al 0,5% del capital amortizado anticipadamente cuando la amortización anticipada se produzca dentro los cinco primeros años de vida del crédito o préstamo; reduciéndose al 0,25% del capital amortizado anticipadamente cuando la amortización anticipada se produzca una vez hayan transcurrido los cinco primeros años de vida del crédito hipotecario.

La regulación de la comisión de amortización anticipada en caso de subrogación del préstamo hipotecario, hasta la entrada en vigor de la Ley 41/2007 no estaba ligada directamente al perjuicio económico que sufre la entidad de crédito cuando se produce la subrogación, de forma que se discriminaba artificialmente entre las diferentes estructuras de tipos de interés posibles en un préstamo hipotecario. Desde la perspectiva de la protección dispensada a los clientes –deudores hipotecarios–, el régimen hasta la fecha vigente también resultaba insatisfactorio, pues permitía que éstos tuviesen que abonar una comisión a la entidad prestataria incluso cuando la amortización es beneficiosa para esta última

La modificación del régimen expuesto, como consecuencia de la Ley 41/2007, de reforma del Mercado Hipotecario se articula del modo que sigue: En primer lugar, se prevé el cambio de la denominación de la comisión por amortización anticipada, que se sustituye por el de *compensación*, con el fundamento de resultar más acorde con su naturaleza (§.V de la Exposición de Motivos de la Ley). La segunda modificación relevante hace referencia al contenido mismo de esta compensación por amortización anticipada, que se divide en dos componentes; a saber (arts. 8 y 9 de la Ley 41/2007):

1º) La compensación que se hace a la entidad prestamista por desistir de un contrato y generarle una pérdida por los costes de originación del préstamo –*compensación por desistimiento*–. Esta compensación por desistimiento no puede ser superior al 0,5% del capital que se amortiza anticipadamente –nada obsta que los bancos o cajas puedan pactar porcentajes inferiores (art. 8.2 Ley 41/2007)- o al 0,25% si ya han transcurrido cinco años desde la fecha de concesión del préstamo garantizado con la constitución de una hipoteca.

Artículo 8. *Compensación por desistimiento*

1. En las cancelaciones subrogatorias y no subrogatorias, totales o parciales, que se produzcan en los créditos o préstamos hipotecarios a los que se refiere el artículo anterior de la presente Ley, **la cantidad a percibir por la entidad acreedora en concepto de compensación por desistimiento, no podrá ser superior:**

i) **al 0,5 por ciento del capital amortizado anticipadamente** cuando la amortización anticipada se produzca dentro de los cinco primeros años de vida del crédito o préstamo, ii) **al 0,25 por ciento del capital amortizado** anticipadamente cuando la amortización anticipada se produzca en un momento posterior al indicada en el número anterior.

2. Si se hubiese pactado una compensación por desistimiento igual o inferior a la indicada en el apartado anterior, la compensación a percibir por la entidad acreedora será la pactada.

2º) La **compensación por el riesgo de tipo de interés** de la entidad financiera cuando se amortiza anticipadamente en coyunturas de bajadas en los tipos de interés. Esta compensación por riesgo de tipo de interés, regulada en el art. 9 de la Ley 41/2007, sólo se devengará en los préstamos con riesgos de interés –caso de las hipotecas a tipo fijo o con tipos de interés mixtos-.

Al tiempo, se introducen dos elementos para que esta segunda compensación guarde relación con la pérdida económica real para la entidad. El primero es el establecimiento de una base de cálculo que refleje de manera más precisa la exposición al riesgo de la entidad.

El segundo de los elementos requeridos es la prohibición del cobro de la compensación en aquellos casos en que la amortización genera una ganancia de capital para la entidad prestamista –*v.gr.*, en el caso de que el tipo de interés del mercado sea superior al pactado para el préstamo-⁶⁶, no teniendo por tanto una

66 *Vid.*, entre otros, GÓMEZ GÁLLIGO, J.: «Principios generales de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de modificación de la Ley de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero», en *Jornadas sobre la Ley por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario*, *op. cit.*, págs. 42 y 43; ARANGUREN URRIZA, F. J.: «Habilitación legal para la reforma de la normativa sobre transparencia en prés-

motivación económica. Esto es, la entidad crediticia sólo tendrá derecho a la percepción de esta compensación cuando la cancelación o la subrogación genere una ganancia de capital para el cliente prestatario y una pérdida de capital para la entidad, lo que sucederá si los tipos de interés se encuentran por debajo del tipo al que se contrató la hipoteca –el tipo de interés del préstamo es mayor al de mercado–.

De esta forma, la entidad crediticia *no podrá cobrar esta compensación si* la cancelación anticipada o la subrogación generan una ganancia de capital para la misma y una pérdida para el prestatario / cliente, lo que sucederá en un contexto de subidas de los tipos de interés; esto es, *cuando el tipo de interés del préstamo sea menor al de mercado.*

Artículo 9. *Compensación por riesgo de tipo de interés.*

1. En las cancelaciones subrogatorias y no subrogatorias, totales o parciales, de créditos o préstamos hipotecarios que se produzcan dentro de un periodo de revisión de tipos de interés cuya duración pactada sea igual o inferior a doce meses no habrá derecho a percibir por la entidad acreedora cantidad alguna en concepto de compensación por riesgos de tipo de interés.

2. En las cancelaciones subrogatorias y no subrogatorias, totales o parciales, de los restantes créditos o préstamos hipotecarios, la compensación por riesgo de tipo de interés será la pactada y dependerá de si la cancelación genera una ganancia o una pérdida de capital a la entidad. Se entenderá por ganancia de capital por exposición al riesgo de tipo de interés la diferencia positiva entre el capital pendiente en el momento de la cancelación anticipada y el valor de mercado del préstamo o crédito. Cuando dicha diferencia arroje un resultado negativo, se entenderá que existe pérdida de capital para la entidad acreedora.

El valor de mercado del préstamo o crédito se calculará como la suma del valor actual de las cuotas pendientes de pago hasta la siguiente revisión del tipo de interés y del valor actual del capital pendiente que quedaría en el momento de la revisión de no producirse la cancelación anticipada. El tipo de interés de actualización será

tamos y créditos hipotecarios. Nueva normativa sobre amortización anticipada», en *Hacia un nuevo Derecho hipotecario (Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario)*, op. cit., pág. 138

el de mercado aplicable al plazo restante hasta la siguiente revisión. El contrato de préstamos especificará el índice o el tipo de interés de referencia que se empleará para calcular el valor de mercado de entre los que determine el Ministerio de Economía y Hacienda.

En caso de cancelación parcial se le aplicará al resultado de la fórmula anterior el porcentaje del capital pendiente que se amortiza.

3. La entidad acreedora no podrá percibir compensación por riesgo de tipo de interés en el caso de que la cancelación del crédito o préstamo genere una ganancia de capital a su favor.

4. El contrato deberá especificar cuál de las dos modalidades siguientes para el cálculo de la compensación por riesgo de tipo de interés será aplicable:

Un porcentaje tipo establecido en el contrato, que deberá aplicarse sobre el capital pendiente en el momento de la cancelación.

La pérdida, total o parcial, que la cancelación genere a la entidad calculada de acuerdo con el apartado 2. En este caso, el contrato deberá prever que la entidad compense al prestatario de forma simétrica en caso de que la cancelación genere una ganancia de capital para la entidad.

La compensación por riesgo no está sometida a un límite o importe máximo –el porcentaje que se establezca sobre el capital amortizado es libre, tal como acontecía en el régimen vigente hasta el momento de la reforma de diciembre de 2007 en el supuesto de cancelación anticipada en préstamos hipotecarios a interés fijo-. La compensación por riesgo de tipo de interés se prevé que sea libre siempre que la cancelación del préstamo hipotecario no genere una ganancia de capital a su favor, determinándose bien a tenor de un porcentaje fijo establecido en el contrato y que necesariamente se aplicará sobre el capital pendiente de amortizar; bien a tenor del importe total o parcial de la pérdida que la cancelación genere a la entidad calculada de conformidad con las reglas establecidas en el apartado 2º del art. 9 de la Ley 41/2007 y siempre que en el contrato se prevea que la entidad prestamista compense al prestatario de forma simétrica en el caso de que la cancelación genere una ganancia de capital para ésta.

El nuevo régimen de compensación por amortización anticipada, total o parcial que acaba de exponer sustituye al vigente hasta la fecha de entrada en vigor de la Ley 41/2007 –el día siguiente a la fecha de su publicación el BOE (esto es, el día 9 de diciembre de 2007)-, de comisión para los préstamos hipotecarios concertados a partir de la entrada en vigor de la reforma aun en el caso de que en los mismos no conste la cláusula convencional a tenor de la cual sean susceptibles de cancelación anticipada siempre que se trate de un préstamo o crédito hipotecario y la hipoteca grave una vivienda y el prestatario sea una persona física –también en el caso de los prestatarios personas jurídicas que tributen por el régimen fiscal de empresas de reducida dimensión en el impuesto de sociedades- (art. 7 de la Ley 41/2007), de modo que en ningún contrato podrá cobrarse por ambos conceptos.

TIPO PRÉSTAMO	Compensación por desistimiento	Compensación por riesgo (periodos de revisión superior a 12 meses): <u>Si se genera ganancia de capital</u>	Compensación por riesgo (periodos de revisión superior a 12 meses): <u>Si no se genera ganancia de capital</u>
VARIABLE	<ul style="list-style-type: none"> - 0,5% del capital pendiente de amortizar en los cinco primeros años. - 0,25% del capital pendiente de amortizar a partir del quinto año. 	0	<ul style="list-style-type: none"> - Porcentaje fijo establecido en el contrato calculado sobre capital pendiente. - La pérdida, total o parcial que se genere, debiendo preverse compensación simétrica para el prestatario.
MIXTO	<ul style="list-style-type: none"> - 0,5% del capital pendiente de amortizar. - 0,25% del capital pendiente de amortizar a partir del quinto año. 	0	<ul style="list-style-type: none"> - Porcentaje fijo establecido en el contrato calculado sobre capital pendiente. - La pérdida, total o parcial que se genere, debiendo preverse compensación simétrica para el prestatario.

FIJO	<ul style="list-style-type: none"> - 0,5% del capital pendiente de amortizar. - 0,25% del capital pendiente de amortizar a partir del quinto año. 	0	<ul style="list-style-type: none"> - Porcentaje fijo establecido en el contrato calculado sobre capital pendiente. - La pérdida, total o parcial que se genere, debiendo preverse compensación simétrica para el prestatario.
-------------	---	---	---

3. Ampliación del plazo de amortización: beneficios fiscales y arancelarios y otros costes para el prestatario

La dispos. adicional 2ª del RD-Ley 2/2008, de 21 de abril, de medidas de impulso de la actividad económica⁶⁷ prevé la no sujeción al gravamen establecido en el art. 31.1 del TR de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados de las escrituras públicas de novación de préstamos con garantía hipotecaria que se refieran a la ampliación del plazo del préstamo, siempre que éstos hayan sido concedidos para la adquisición, construcción o rehabilitación de la vivienda habitual y las escrituras públicas novatorias del plazo se otorguen en un periodo de dos años desde la entrada en vigor de esta norma.

El art. 10 de la Ley 41/2007, modifica el art. 8 de la LSMPH de 1994, relativo a los honorarios notariales y registrales en la subrogación, novación modificativa y cancelación de créditos o préstamos hipotecarios que, ahora prescribe, que el cálculo de los honorarios registrales derivados la cancelación registral anticipada de préstamos hipotecarios, así como la inscripción de escrituras de subrogación y novación modificativa, se calculará aplicando los aranceles correspondientes al núm. 2, «Inscripciones», del Anexo I del RD 1427/1989, de 17 de noviembre, tomando como base la cifra del capital pendiente de amortizar en el momento en

⁶⁷ BOE núm. 97, de 22 de abril de 2008. El referido Decreto-Ley, fue convalidado mediante Resolución del Congreso de los Diputados de 29 de abril de 2008, en virtud de la que se ordena la publicación del Acuerdo, lo que tuvo lugar en el BOE de 9 de mayo de 2008. Sobre el contenido del mismo puede verse, LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M^a: «Medidas de impulso a la actividad económica y ampliación gratuita del plazo de los préstamos hipotecarios», *La Ley*, núm. 6962, de 6 de junio de 2008.

que se procede la inscripción modificativa con una reducción del 90%. Los costes notariales del otorgamiento de las mismas escrituras públicas en las que se formalicen los referidos acuerdos novatorios se determinarán acuerdo con la aplicación del arancel correspondiente a los «documentos sin cuantía» previstos en el núm. 1 del RD 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Notarios -30,00 €- (art. 10 de la Ley 41/2007, que modifica el art. 8 de la LSMPH).

La citada DA 2ª nada dice acerca de los costes para el prestatario derivados de los aranceles notariales y registrales, así como del devengo de comisiones bancarias derivadas de la formalización del pacto de ampliación del plazo de amortización del préstamo con garantía hipotecaria. A esta cuestión se refiere el «Acuerdo para promover que la ampliación del plazo de los préstamos hipotecarios, siempre sobre la base de un acuerdo previo entre prestamista y prestatario, pueda producirse de forma gratuita para este último, tal como establece el Acuerdo del Consejo de Ministros sobre medidas de impulso a la actividad económica, de 18 de abril de 2008», de 29 de abril de 2008, alcanzado con intervención de los Ministerios de Economía y Hacienda y de Justicia, por representantes de todas las partes implicadas: entidades de crédito, registradores de la propiedad y notarios. El contenido de este «Acuerdo», cuya vigencia es de dos años –se extiende hasta el 22 de abril de 2010-, aplicable a los prestamistas que tengan la condición de entidades de crédito, siempre que los prestatarios sean personas físicas y el préstamo garantizado con hipoteca se haya constituido para financiar la construcción, rehabilitación y adquisición de la vivienda habitual, siendo el bien gravado, precisamente, esta vivienda habitual.

4. Comisiones indebidas por cancelación de la hipoteca

4.1. Improcedencia de cobro de comisión por la cancelación de la inscripción registral de la hipoteca

En el momento en el que se extingue, por cualquier causa, la obligación principal garantizada con la hipoteca –lo que sucede, entre otros supuestos, en el momento de restitución íntegra de la cantidad objeto del préstamo garantizado con la constitución de la hipoteca-, procede la cancelación de la inscripción de la hipoteca practicada en el Registro de la Propiedad. En efecto, de conformidad con lo dispuesto, con carácter general, en el art. 79 de la LH, podrá pedirse y deberá

ordenarse, en su caso, la cancelación de las inscripciones registrales, entre otros supuestos, cuando se extinga el derecho inscrito. Para el caso de extinción de la garantía hipotecaria por pago del préstamo o del crédito garantizado, el art. 179 del RH, precisa que se requerirá escritura pública –o documento administrativo (RDGRN de 11 de julio de 1998 [RJ 1998\5966])– en la que el acreedor (o sus causahabientes o representantes legítimos) preste su consentimiento a la cancelación (de lo dispuesto en el art. 174 del RH se deriva que este régimen es extensivo a todos los supuestos de cancelación de la hipoteca por extinción del crédito hipotecario por voluntad de los interesados), debiendo tenerse en cuenta las previsiones del art. 156 de la LH (y de los arts. 211 y 212 del RH) para el caso de la cancelación de cancelación de la hipotecas constituidas en garantía de títulos transmisibles por endoso. La previsión del RH ha sido criticada por excesiva en aquellos casos en los que aparece debidamente acreditado el pago que por sí mismo produce automática la extinción del crédito y consiguientemente de la garantía hipotecaria; así como por ofrecer como única alternativa de este consentimiento del acreedor y pese a esta debidamente acreditado el pago extintivo, la «ejecutoria» (sin perjuicio de que también baste, *v.gr.*, el mandamiento de cancelación contenido en el auto que declare bien hecho el pago por consignación judicial [arts. 1108, párrafo 1º y 1181, inciso 2º, del CC y 180 del RH]).

Con todo, tampoco puede olvidarse que el párrafo 2º del art. 82 de la LH admite casos de cancelación de inscripciones registrales sin necesidad de que haya consentimiento específico del titular registral ni ejecutoria y que éstos supuestos son aquéllos en los que consta auténticamente que el derecho de hipoteca ha quedado ya legalmente extinguido. Por estas razones, diversas Resoluciones de la DGRN han estimado que para la cancelación de la hipoteca basta que haya constancia auténtica del pago, aunque falte el específico consentimiento del acreedor hipotecario. En efecto, que el pago del crédito garantizado fehacientemente justificado (en un documento que reúna los requisitos del art. 3 de la LH) conlleva la posibilidad de la cancelación de la hipoteca, sin necesidad de un expreso consentimiento del acreedor emitido a efectos de la cancelación resulta de la doctrina de las más recientes Resoluciones de la DGRN (*v.gr.*, Resoluciones de la DGRN de 30 de octubre de 1989 [RJ 1989\7051] y de 15 de enero de 1991 [RJ 1991\590]), sin perjuicio de la discusión acerca de la determinación de cuándo se entiende suficientemente expresada la causa que permite la cancelación.

Pues bien, comoquiera que el otorgamiento de la escritura pública necesaria para proceder a la cancelación de la inscripción registral de la misma no resulta ser un acto potestativo de la entidad de crédito –acreedor hipotecario–, sino que supone el cumplimiento de un deber legal, una vez que se ha extinguido el crédito garantizado por pago y es requerido al efecto por del prestatario (consumidor). En todo caso, si el acreedor se negase a la cancelación, el art. 180 del RH prevé la posibilidad de que se produzca en virtud de consignación, de conformidad con las previsiones que resultan de los arts. 1176 y concordantes del CC, debiendo notificarse al acreedor y, en el caso de oposición de éste, el procedimiento se transformará en contencioso (RDGRN de 10 de noviembre de 2001 [RJ 2002\2706]). Por esta razón, **si bien es admisible que la entidad financiera acreedora repercuta en el consumidor deudor hipotecario todos los gastos derivados de la cancelación (notariales, registrales, de gestoría, etc.), no lo es que pretenda el cobro de una suma de dinero en concepto de comisión, derivada del mero hecho de que el consumidor prestatario solicite su consentimiento para la cancelación de la hipoteca**, sin que pueda ampararse la pretensión de cobro de la entidad bancaria o financiera en el hecho de que efectivamente está prestando un servicio -suele señalarse por las entidades financieras que han de verificar la identidad del pago, desplazarse un representante suyo a una notaría, etc.- (norma 3ª.3 de la Circular del Banco de España 8/1990). En efecto, no puede olvidarse que la hipoteca se ha constituido como un garantía de la restitución del préstamo a favor de la entidad financiera prestamista y que es una obligación de cualquier profesional o empresario entregar a su cliente, sea éste consumidor o no, los medios en virtud de los que se acredite que éste ha realizado el pago de la deuda derivada de la prestación de sus servicios.

4.2. Imprudencia de la comisión por gestión del cobro del cheque de cancelación de la hipoteca en los supuestos de subrogación

En aquellos supuestos en los que al amparo de las previsiones de la LSMFH o de la Ley 41/2007 (arts. 7 a 9), el consumidor, en su condición de deudor hipotecario decida subrogar en la posición de acreedor hipotecario a otra entidad financiera de aquellas a las que se refiere el art. 2 de la *Ley 2/1981, de 25 de marzo, reguladora del mercado hipotecario*⁶⁸ resulta improcedente que la entidad financiera primitiva

68 BOE núm. 90, de 15 de abril de 1981.

que recibe de la nueva, subrogada en su posición, un cheque en pago del débito pendiente de préstamo sobre al cliente (consumidor) una comisión en concepto de gestión de cobro de este cheque. La comisión, aplicada en ocasiones por algunas entidades financieras, resulta improcedente por cuanto la gestión de cobro del cheque lo hace en su propio interés.

En este sentido se ha pronunciado expresamente el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, considerando el cobro de esta comisión de gestión de cobro del cheque emitido por la entidad que se subroga en el préstamo en pago de la cantidad del préstamo pendiente como contraria a las buenas prácticas bancarias. En el caso objeto de la decisión a que acaba de aludirse, en el extracto de cuenta que se acompañó a la reclamación se verificaba el cobro de 172,75 € por la originaria entidad acreedora hipotecaria (el «BBVA») en concepto de «liquidación abono compensación». El Servicio de Reclamaciones del Banco de España consideró que la descrita es una mala práctica bancaria en cuanto que *«la persona designada para el cobro era la propia entidad, por lo que era evidente que no había prestado ningún servicio de compensación al cliente, sino que la gestión la había realizado en su propio beneficio»* la entidad financiera que pretende el cobro de la comisión cuya procedencia se cuestiona.

Tampoco resulta ser acorde con las buenas prácticas bancarias, a juicio del Servicio de Reclamaciones del Banco de España, el cobro, por la entidad acreedora primitiva, de los intereses devengados durante los días que median entre la entrega del cheque referido en el párrafo precedente y la fecha valor que se da al mismo, aplicando a estos efectos la valoración recogida en el Anexo IV de la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre. El Servicio de Reclamaciones del Banco de España considera que *«este tipo de operaciones de subrogación no se encuentran sujetas a los límites de valoración establecidos en la Circular 8/1990, puesto que los acreedores primitivos deben recibir directamente las cantidades en pago de sus créditos, sin intervención alguna de las cuentas de los clientes»*, sobre los que se pretende repercutir el cobro de los intereses. En el caso que dio lugar a esta decisión, se habían cobrado intereses por los cuatro días transcurridos entre la fecha en la que se realizó la operación de *«abono compensación de cheques cancelación préstamo»* y la fecha valor de dicho apunte por la entidad financiera primitiva.