

LA VIRTUALIDAD DEL PACTO DE IGUALDAD DE RANGO TRAS LA REFORMA HIPOTECARIA DE 2007. *Por Gabriel de la Reina Tartière, Doctor por la Universidad de Oviedo, Profesor de Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica Argentina.*

SUMARIO

- I. JUSTIFICACIÓN PRÁCTICA DE LA IGUALDAD DE RANGO CONVENCIONAL EN NUESTRO CONTEXTO.
- II. EL PACTO DE IGUALDAD FRENTE AL RECONOCIMIENTO DE LA NOTA DE RECARGABILIDAD DE LA HIPOTECA.
- III. LA TRASCENDENCIA JURÍDICO-REAL DE LOS PACTOS DE IGUALDAD, Y POR EXTENSIÓN DE TODOS LOS NEGOCIOS JURÍDICOS SOBRE EL RANGO REGISTRAL, EN ATENCIÓN A LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 12 L.H.

I. JUSTIFICACIÓN PRÁCTICA DE LA IGUALDAD DE RANGO CONVENCIONAL EN NUESTRO CONTEXTO.

El estudio que se presenta, encuentra su punto de partida en la tesis mantenida en estas páginas por los Registradores Bonilla Encina y Torres Bollaín, de un lado¹, y Sena Fernández, de otro², sobre el pacto de igualdad de rango. La calificada posición en que los tres convergen, en cuanto restrictiva, no absolutamente, eso sí, del más particular de los negocios jurídicos sobre el rango hipotecario, me permite volver sobre la temática a la que volcara mis esfuerzos de doctorado. Se trata, por demás, de una tarea en cierta medida impuesta a resultas de la reforma hipotecaria operada por la Ley 41/2007, que ha alterado el marco legal que explicara la incidencia de estos pactos en la práctica de los últimos años.

Entendiendo por igualdad de rango la situación que se produce cuando en el Registro dos derechos ostentan el mismo puesto, se ha de comenzar advirtiendo que por largo tiempo el convenio conducente a tal fin apenas se había abordado. Entre los pocos que se ocuparon al respecto, González Laguna y Manzano Solano se preguntaban sobre la posibilidad de constituir hipotecas distintas en garantía de diferentes obligaciones para convenir, a continuación, la igualdad de rango³. Con base en el artículo 241 R.H. y, sobre todo, en el artículo 227 R.H., por el cual se consideran preferentes, en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria, las cargas y gravámenes simultáneos o del mismo rango que el crédito del actor, terminaban inclinándose por la validez del pacto. En sentido similar vendrá a expedirse García García, para quien, al permitirse la negociación de rango con el efecto de anteposición y correlativa posposición y residir el fundamento para ello en la autonomía de la voluntad, debería aceptarse del mismo modo el convenio de igualdad de rango de dos o más derechos, siempre que quedara definida claramente la situación jurídica que se deseara conseguir⁴. También Camy advertirá sobre la idoneidad del negocio⁵.

Sin existir un análisis específico sobre la figura, ni siquiera sobre la igualdad de rango más allá de su coyuntura o fuente meramente convencional, había quien, no obstante, manifestaba la discordancia del pacto con las pautas legales. Era el caso de Roca. A su juicio, en estricta aplicación del principio de jerarquía entre hipotecas, no cabría hablar de igualdad de rango entre va-

¹ Cfr. «El pacto de igualdad de rango», en *B.C.R.E.* n° 107 (2004), pp. 2677 y ss.

² Cfr. «El principio de prioridad y los pactos de igualdad de rango en las hipotecas», en *B.C.R.E.* n° 107 (2004), pp. 2697 y ss. Del mismo autor, *vid.*, también, «La subrogación del acreedor, regulada en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, y los pactos que tratan de impedirlos», en *B.C.R.E.* n° 87 (2002), pp. 2.215 y ss., confeso estímulo del artículo de BONILLA y TORRES.

³ Cfr. «Algunos problemas actuales de la hipoteca a la luz de sus principios históricos», en *R.C.D.I.* n° 566 (1985), p. 210.

⁴ Cfr. *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, II, Madrid, Civitas, 1993, p. 736.

⁵ Cfr. *Garantías patrimoniales. Estudio especial de la hipoteca*. Pamplona, Aranzadi, 1993, p. 575.

rias garantías de la especie, siendo que el artículo 227 R.H. no derogaba este principio, pues se refería únicamente a la hipoteca constituida a favor de dos o más personas, es decir, en régimen de cotitularidad⁶. Es verdad que, en ediciones mucho más recientes de su obra, se avanza sobre estas reticencias para reconocer el pacto que con tal objeto se celebre «entre varios acreedores hipotecarios, aunque sean por créditos con causa, importe y condiciones parcial o totalmente diversos»⁷; sin embargo, sirva el precedente para dejar constancia de esa comentada singularidad que en el contexto más general de la posposición y demás negocios sobre el rango presenta el de igualdad.

Éste era, como digo, el panorama, escaso y, con mucho, meramente doctrinal, hasta que en 1994 se dictara la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de Subrogación y Modificación de los Préstamos Hipotecarios, en cuyo espíritu estaba la promoción y simplificación de los trámites para que el deudor pudiera subrogar en su préstamo a una entidad financiera que le ofreciese mejores condiciones que el acreedor con quien hubiese contratado. En este sentido, su Exposición de Motivos daba noticia de los factores económicos determinantes para su aprobación: la fuerte comisión por amortización anticipada que imponían las entidades titulares de los créditos objeto de subrogación y la duplicación de gastos que suponía para los ciudadanos la cancelación de un crédito hipotecario y la constitución de otro nuevo. Para paliar estos inconvenientes, es que se decidía un límite para aquella comisión, que no podría superar ahora el uno por ciento, así como la exención fiscal de las escrituras que documentasen tales operaciones.

El desarrollo económico posterior —conocemos bien sus consecuencias actuales— amplió insospechadamente la capacidad de endeudamiento de los particulares, a quienes en plena bonanza se les ofrecía por las entidades financieras de las que ya eran deudores hipotecarios, la concesión de nuevos créditos mediante la constitución de una segunda hipoteca. El pacto de igualdad demostrará frente a tales circunstancias toda su funcionalidad permitiendo vincular ambas hipotecas al constituirse la segunda, evitando, entre otras cosas, que una tercera entidad se subrogue, por virtud de la Ley 2/1994, en el primer préstamo y que un eventual incumplimiento de éste purgue la hipoteca que, de no ser por el pacto, sería de segundo rango.

Pero, el pacto no vendrá solo. A él se adherirá, para lograr esa plena equiparación operativa, alguna que otra cláusula; la más frecuente, la atinente a la ejecución simultánea de ambas hipotecas, estipulación lógica si se repara en que, a la postre, lo que las partes habrían pretendido instrumentar resultaría una suerte ampliación de un crédito hipotecario por medio de una nueva hipoteca, anudada a la primera por la igualdad de rango pactada⁸.

Justo en este punto, se muestra especialmente interesante la Resolución de 2 de octubre de 2006 (R.J. 2006/8196), donde se discutiera sobre una cláusula del siguiente exacto tenor: «Debido a que la presente segunda hipoteca se ha concedido por La Caixa en consideración a que la primera hipoteca es de la misma entidad, y al no haberse pactado la igualdad de rango por el deseo de evitarle gastos adicionales a la parte prestataria, se pacta como causa especial de vencimiento anticipado la subrogación de otra entidad en el préstamo garantizado con la primera hipoteca, de conformidad con la Ley 2/1994», supuesto en que también habría de devengarse la comisión de cancelación anticipada pactada.

La Registradora de la Propiedad fundó su negativa a la inscripción de la cláusula en el argumento de que se perjudicaba a futuros adquirentes de la finca (art. 6.2 C.C.), suponiendo para ellos

⁶ Cfr. ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, IV-2.º, Barcelona, Bosch, 1979, p. 652.

⁷ ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, II, Barcelona, Bosch, 1995, p. 85.

⁸ Fuera de la explicación del pacto vinculada al fenómeno estrictamente subrogatorio, cuando de dos acreedores distintos se trata, lo que se estila es un pacto de signo ciertamente inverso: el de postergación automática del titular que no concurra a la ejecución instada por aquel con quien hasta ese momento venía compartiendo rango. En todo caso, sobre el correcto significado y alcance de estos pactos derogatorios, según determinadas circunstancias, de los efectos que se derivan del artículo 227 R.H., *vid.* DE REINA TARTIÈRE, «La igualdad de rango hipotecario», en *R.C.D.I.* n.º 706 (2008), pp. 650 y ss.

una limitación que excedía los márgenes de la autonomía de la voluntad (art. 1.255 C.C.) y contraria a una norma imperativa, la Ley 2/1994, cuyo objeto es permitir a cualquier persona que haya obtenido un préstamo lograr una mejora en el tipo de interés y en el plazo de amortización.

La Dirección General estimó el recurso interpuesto por el Notario autorizante con base, entre otras razones de gran interés de cara a la problemática registral de las cláusulas de vencimiento anticipado, todavía hoy aun modificado el artículo 12 L.H. por obra de la Ley 41/2007 (vid., infra, epígrafe III):

A que de la pura dicción de la cláusula «se evidencia que la misma ha sido elevada –por acuerdo de los contratantes– a la categoría de elemento determinante para la celebración del negocio jurídico, pues no es aventurado suponer que sin un pacto como el que motiva este recurso aquél no se había concertado, y no se ve qué razones pueden impedir que el Registro publique esta situación, cuya operativa, por lo demás, no deja de ofrecer semejanza, aun siendo distinta su naturaleza jurídica, con la desplegada por las condiciones resolutorias, cuyo acceso al Registro nadie pone en duda, aunque se refieran a obligaciones accesorias asumidas por el deudor».

No obstante, «pudiera argumentarse en contra del acceso al registro de una cláusula como la debatida –lo que aquí no se ha hecho en la calificación–, haciendo referencia a su posible naturaleza personal mas que real», siendo cierto «que este Centro Directivo ha declarado que en el negocio de concesión de préstamos con garantía hipotecaria ha de distinguirse el doble plano, personal y real, de forma que sin cuestionar la posible validez de los múltiples pactos que de ordinario contienen, no puede atribuirse eficacia real con el consiguiente perjuicio para el tercer poseedor, y por ello no resultarían inscribibles, aquellos que hacen depender el vencimiento del plazo por el que se ha concedido el préstamo de cualquier comportamiento del deudor ajeno a la obligación específicamente garantizada, o, excepcionalmente, aquellos otros que afecten a la subsistencia y rango de la propia garantía real. Pero también ha declarado que el hecho de que el legislador atribuya al acreedor hipotecario, como una de las facultades de defensa y conservación del derecho real de garantía, la llamada acción de devastación (tendente a reprimir o reparar el menoscabo que pueda sufrir el bien hipotecado), no significa que no pueda atribuirse convencionalmente al mismo acreedor la facultad de dar por vencido anticipadamente el crédito para el caso de disminución del valor de las garantías por causas objetivas y lograr, a través de su inscripción registral, hacerla oponible a terceros, lo que viene suponer, y admitir, no sólo la modulación por vía de pacto del vencimiento anticipado que establece el art. 1.129.3 C.C. para concretar el grado de quebranto o pérdida del valor de los bienes que se configure como disminución de la garantía, sino también, que a su amparo puedan configurarse como causas de vencimiento anticipado pérdidas o disminuciones del valor de los bienes producidas con independencia de la existencia o no de culpabilidad del deudor o propietario, admitiendo, como tales, hechos o circunstancias que supongan –y esto es lo relevante en el caso que nos ocupa– un riesgo para la subsistencia y rango de la garantía».

Por todo ello, resulta perfectamente defendible posibilitar el acceso al «registro de las cláusulas de vencimiento anticipado cuando hagan referencia a hechos o circunstancias que supongan un riesgo para la subsistencia y rango de la garantía; riesgo evidente en la situación que refleja el negocio jurídico documentado, dado el carácter de segunda hipoteca de la garantía pactada, con el evidente riesgo que de ella se podría derivar para el acreedor hipotecario caso de desplegarse por el deudor la conducta que se precisa en la estipulación cuyo acceso al Registro se ha denegado».

Despejadas, pues, «las dudas en torno a la posibilidad de acceso registral de la cláusula debatida, no es posible tampoco desconocer que la misma ha sido libremente convenida por las partes para dar forma, y cobertura, a algo que no es sino una manifestación más de la relevancia que la financiación tiene en la sociedad y en la economía modernas, siendo, por lo demás, perfectamente conocido, como también se pone de relieve en el recurso, que al amparo de la fuerte

revalorización inmobiliaria de los últimos años particulares y empresas han podido acceder a financiación suplementaria, la cual es lógico que, también, se vea dotada de las mayores garantías posibles; necesidad social de la que en modo alguno se desentendió este Centro Directivo, cuando, por ejemplo, admitió la posibilidad de inscribir la ampliación de una hipoteca que tuviera por objeto garantizar las responsabilidades derivadas de la ampliación del crédito (vid. Resolución de 8 de junio de 2002, por no citar, también, supuestos de ampliaciones sujetas a condición, manteniendo la cobertura hipotecaria de presente, en la forma que analizó la Resolución de 3 de septiembre de 2005).

Por lo demás, es evidente el notable ahorro de gastos para el prestatario «configurando el negocio jurídico en los términos que resultan de la estipulación debatida, por lo que no sería razonable obligar a los contratantes a acudir a otros mecanismos que, sirviendo para proteger al acreedor de los riesgos que conlleva una segunda hipoteca si el titular de la primera en vez de ser la misma entidad titular de la segunda pasa a ser otra distinta (pensemos por ejemplo en una estipulación que estableciera la igualdad de rango entre la hipoteca ya concedida por el acreedor y la segunda que se formaliza ahora), les originarían mayores costes, forzándoles a desnaturalizar las soluciones negociales por ellos elegidas».

Según se ve, la Dirección General difiere del sentir plasmado por Bonilla, Torres y Sena en sus notas; también de la opinión, entre otros, de Ávila Navarro. En el tratamiento que efectúa el autor, donde se ocupa a un mismo tiempo de la igualdad objetiva (la que existe entre derechos independientes) y la de orden subjetivo (concerniente al derecho inscrito en régimen de cotitularidad), advierte que, para evitar ciertas maniobras defraudadoras del hipotecante (como por ejemplo, comprar una de las hipotecas y esperar a que los otros acreedores, ante el temor de salir perjudicados, no quieran adelantarse a ejecutar y acaben vendiendo a bajo precio), los acreedores han venido incluyendo distintos pactos, como son los de ejecución simultánea, pérdida del rango del acreedor que se niegue a acudir a una ejecución conjunta, poder irrevocable para la ejecución, opción de compra del crédito que no se ejecute, etc. «Pero hay algunos pactos que deben rechazarse: aquel en que se constituyen dos hipotecas en favor del mismo acreedor y se establece que si el deudor decide subrogar una en favor de otra entidad de crédito, tenga que hacerlo con las dos; o que la hipoteca subrogada pierda su rango en beneficio de la otra. Una cosa es que pierdan –dice– en rango los que no deseen ir a ejecución conjunta, pérdida que a nadie perjudica, y otra es que la sanción se produzca por el mero hecho de la subrogación, porque esta limitación afecta a la facultad de subrogar⁹».

En la divergencia, una cosa queda clara entonces: que ha sido la práctica la encargada de vincular el pacto de igualdad con una trama determinada, al límite de la legislación imperativa que entronca con la normativa liberalizadora de los préstamos hipotecarios, lo que explica los recaudos que se alegan contra el tipo desde aquellas voces. Sin embargo, ello no significa la invalidez del convenio por incompatible con las reglas que hacen a los criterios de ordenación registrales, invalidez *per se* descartada, sino, en su caso, la de la finalidad que pudieran perseguir las partes manifestada precisamente por el juego de las cláusulas añadidas con las que ha solido acompañarse.

II. EL PACTO DE IGUALDAD FRENTE AL RECONOCIMIENTO DE LA NOTA DE RECARGABILIDAD DE LA HIPOTECA.

De conformidad con lo que se acaba de exponer, si la problemática del pacto de igualdad de rango ha estado unida a la necesidad de arbitrar un instrumento para la conservación de la prioridad en caso de refinanciación hipotecaria, la Ley 41/2007, al prever la llamada por algunos hi-

⁹ «Rango e hipoteca», en *Academia Sevilla del Notariado XIII* (2003), pp. 29-30.

poteca recargable (creo que exageradamente, pues en rigor no constituye más que una facultad al amparo de la modificación del texto de la Ley 2/1994, y no una modalidad específica de hipoteca), ha de implicar el decaimiento de la igualdad de rango como se ha aplicado hasta ahora.

Exactamente, dícese recargable la hipoteca que puede utilizarse en garantía de ulteriores créditos no previstos en el instrumento público constitutivo¹⁰, y con independencia de quien haya de ser el acreedor, si el acreedor para el que se constituyó inicialmente la cobertura o un tercero. El Código francés, tras su gran reforma en materia de garantías del año 2006, autoriza, así, que la hipoteca ya constituida se asigne con posterioridad a un crédito distinto al originario, con tal de que esa facultad del sujeto pasivo se prevea de forma expresa en el título constitutivo, y por su medio no se supere el máximo de responsabilidad en un principio cifrado (art. 2.422). La novedad, que franquea siquiera el consabido imperativo de la especialidad, cuando no, según se duda, el de accesoriedad, respondería a la finalidad de aliviar a las economías domésticas, golpeadas por la subida de los tipos de interés, evitándoles el trance de tener que acudir a la constitución de una nueva hipoteca para refinanciarse y de sufragar los consiguientes gastos, por lo menos hasta el montante que al tiempo conste amortizado. La «reutilización» de la hipoteca, la inserción en ella de un nuevo crédito podrá beneficiar al mismo acreedor u a otro, «aun cuando el primero no haya sido resarcido», se entiende de la parte pendiente de amortización.

En España, por su parte, la Ley 41/2007 ha otorgado carta de naturaleza a la herramienta pero sin nombrarla expresamente, ni asignarle, confirmando la calificación arriba recalçada, una tipología específica¹¹. Responde ello a la opción legal de atender al problema extendiendo, en su juego, la novación en materia hipotecaria, de manera que se considere que existe mera modificación y no extinción de la relación jurídica y constitución de una nueva, en el supuesto, entre otros de muy especial relevancia (alteración de las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente, del plazo, del método o sistema de amortización), en que se amplíe, por nueva concesión, el capital, pero sin superar la cifra de responsabilidad en origen concertada¹².

Correlativamente, la novedad vendría a resolver, según apunta Gómez Gállego¹³, las dudas habidas hasta la fecha sobre qué supuestos implicarían una novación modificativa y no extintiva

¹⁰ Porque si esos otros créditos se hubieran advertido en el título, ante lo que nos encontraríamos, en su caso, sería una hipoteca global o flotante, hoy asimismo, tras la reforma de 2007, plenamente reconocida.

¹¹ *Vid.*, de reciente publicación en este Boletín, la nota de FERNÁNDEZ-REYES, «La modificación de los préstamos hipotecarios y la llamada hipoteca recargable», exactamente en el n.º 148 (2008), pp. 1.771 y ss. Especialmente recomendable resulta, asimismo, la lectura del trabajo de DÍAZ-FRAILE, «La nueva regulación de las novaciones y subrogaciones de los préstamos hipotecarios. Retos y riesgos de la reforma hipotecaria», en *La Ley*, Diario n.º 6.727, de 4 de junio de 2007.

¹² Son los números 2.º y 3.º del reformado artículo 4 de la Ley 2/1994, los que permiten que se «reutilice» la hipoteca. Dicen así:

«2. Cuando el prestamista sea una de las entidades a que se refiere el artículo 1 de esta Ley, las escrituras públicas de modificación de préstamos hipotecarios podrán referirse a una o varias de las circunstancias siguientes: i) La ampliación o reducción de capital; ii) la alteración del plazo; iii) las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente; iv) el método o sistema de amortización y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo; v) la prestación o modificación de las garantías personales.

3. Las modificaciones previstas en los apartados anteriores no supondrán, en ningún caso, una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita excepto cuando impliquen un incremento de la cifra de responsabilidad hipotecaria o la ampliación del plazo del préstamo por este incremento o ampliación. En estos casos necesitará la aceptación por los titulares de derechos inscritos con rango posterior, de conformidad con la normativa hipotecaria vigente, para mantener el rango. En ambos supuestos, se harán constar en el Registro mediante nota al margen de la hipoteca objeto de novación modificativa. En ningún caso será posible hacerlo cuando conste registralmente petición de información sobre la cantidad pendiente en ejecución de cargas posteriores».

¹³ De su autoría conviene citar dos estudios especialmente. El primero, titulado «La hipoteca como instrumento al servicio del desarrollo del mercado inmobiliario» (en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 691 [2005], pp. 1633 y ss.), constituye hoy lectura muy apropiada para conocer el anclaje doctrinal de la reforma. El segundo, publicado en el *Homenaje a Chico*, ahonda en un negocio instalado en la práctica bancaria de los noventa, que visto en la distancia supone, no siendo idéntico, antecedente destacado si del fenómeno que late tras la «recargabilidad» se trata. Se ocupaba, así, de la fórmula conocida como «crédito abierto –o disponibilidad de crédito– garantizado con hipoteca», contrato por cuya virtud una enti-

del crédito hipotecario, con miras, precisamente, a una eventual ampliación de capital y la posibilidad de aplicación de la Ley 2/1994, respecto de un primer préstamo sin necesidad de subrogarse en el crédito ampliado¹⁴. Se trata ésta –continúa el autor– de una cuestión cuya importancia, ante la falta de definición legal, se habría manifestado en los esfuerzos realizados por la práctica bancaria para blindarse frente a tal situación, pues evidentemente la entidad financiera vendría a salir perjudicada de existir la posibilidad de subrogación de una nueva entidad en el primer crédito (de mejor rango registral) sin necesidad de asumir el segundo (de segundo o ulterior rango). Lo cual, a su vez, explica pactos como el de igualdad de rango –con la consiguiente reacción del legislador fiscal haciendo tributar por la responsabilidad hipotecaria inicial– o el del vencimiento anticipado del primer crédito si no hay simultánea subrogación en el segundo¹⁵. De ahí que al legislador de 2007 tampoco se le haya olvidado establecer que «cuando sobre la finca exista más de un crédito o préstamo hipotecario inscrito a favor de la misma entidad acreedora, la nueva entidad deberá subrogarse respecto de todos ellos» (art. 2.º, segundo párrafo, de la Ley 2/1994 reformada).

III. LA TRASCENDENCIA JURÍDICO-REAL DE LOS PACTOS DE IGUALDAD, Y POR EXTENSIÓN DE TODOS LOS NEGOCIOS JURÍDICOS SOBRE EL RANGO REGISTRAL, EN ATENCIÓN A LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 12 L.H.

No puedo obviar, para concluir con estas breves líneas, tratar sobre uno de los aspectos cardinales suscitados por la reforma, y que, con viva polémica, se propone desde la nueva redacción brindada al artículo 12 L.H. Textualmente, el precepto dispone lo siguiente:

«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, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración.»

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

Con enorme precaución, o con enormes dudas, no se sabe, el legislador ha evitado utilizar el revolucionario vocablo transcriptorio en el precepto, aunque éste derive, en lógica, de su segundo párrafo, como razonadamente funda cierta doctrina¹⁶, y, lo que es más importante, la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 24 de julio de 2008 (JUR

dad financiera concedía, y concede «al acreditado una determinada disponibilidad de dinero, que puede hacer efectiva en una o sucesivas veces, sin que las disposiciones puedan ser superiores a la diferencia entre el límite máximo de crédito concedido y la parte dispuesta anteriormente no amortizada, y en el que cada una de las disposiciones efectuadas tiene una configuración autónoma en cuanto a tipo de interés y plazo de amortización, el cual en ningún caso puede exceder de la fecha de vencimiento final del crédito, siendo el cierre de la cuenta instrumental articulada el hecho determinante del saldo final exigible» («Estudio sobre la modernas figuras de crédito abierto garantizado con hipoteca», en *Homenaje a José María Chico y Ortiz*. Marcial Pons-Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1995, pp. 802-803).

¹⁴ Cfr. GÓMEZ GALLIGO, «La reforma hipotecaria desde la perspectiva del Ministerio de Justicia», en su Comunicación al III Congreso de Registradores de España, celebrado en Granada en 2006 (de donde se cita); publicado también en *RCDI* 702 (2007), pp. 1659 y ss.

¹⁵ *Idem*, pp. 21-22.

¹⁶ Cfr. CABANAS TREJO y BONARDELL LENZANO, «Hipotecas que flotan y dogmas que se hundan (sobre la inscripción de los créditos garantizados con hipoteca)», en *La Ley*, Diario n.º 7.044, de 29 de octubre de 2008.

2008\242087). A tenor de este pronunciamiento, ha de diferenciarse «entre las cláusulas de trascendencia real, concretadas por la Ley en el párrafo primero del mencionado artículo 12, que son las que debe calificar el Registrador, y las restantes cláusulas que no son objeto de inscripción ni, por tanto de calificación, sino de mera transcripción en los términos pactados y que resulten del título. Y es que, respecto del ámbito de la función calificadora del Registrador, dicho precepto legal concuerda con el criterio formulado por los artículos 83 y 84 del texto refundido de Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (de los cuales resulta, respectivamente, que se atribuye al juez que conozca de las pertinentes acciones la posibilidad de declarar nulas las condiciones generales de la contratación insertas en un contrato cuando las mismas sean abusivas; y se establece que los Registradores de la Propiedad no inscribirán aquellas cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales), 9, 22 y 23 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, y 258.2 de la propia Ley Hipotecaria». Por otra parte, reitera en este punto el Centro Directivo, su criterio de que «el enjuiciamiento de la validez o nulidad de tal tipo de cláusulas se halla reservado, como no puede ser de otra manera, a los órganos jurisdiccionales competentes (cfr., por todas, la Resolución de 19 de abril de 2006)».

En el caso, como la calificación registral impugnada se había emitido una vez entrada en vigor la nueva norma, la Registradora debería, entonces, haberse limitado «a calificar y, en su caso, a inscribir esas cláusulas de trascendencia jurídico real inmobiliaria relativas al importe del principal de la deuda, el de los intereses pactados, con expresión del importe máximo de responsabilidad hipotecaria, identificando la obligación garantizada y su duración. En cambio, respecto de las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de la obligación garantizada por la hipoteca» habría debido proceder no a su inscripción sino a la transcripción de las mismas en los estrictos términos que resultasen «del título presentado, sin que pueda practicarse calificación alguna de ellas. Y, precisamente porque estas cláusulas no son susceptibles de calificación, tampoco puede la Registradora apreciar si son contrarias a normas imperativas o prohibitivas».

Vemos cómo, sin remilgos, la Dirección General opta por la interpretación más apegada a la dicción legal, distinguiendo, de tratarse de préstamos hipotecarios, entre dos especies de cláusulas, en consideración, a su vez, de quien sea acreedor. Así, si la hipoteca se constituye a favor de un particular, el Registrador no inscribirá las cláusulas que carezcan de contenido real, incluidas las financieras y las de vencimiento anticipado; en cambio, si la hipoteca se constituye a favor de una entidad de crédito, el Registrador, una vez calificadas favorablemente las cláusulas con alcance jurídico-real, estará obligado a hacer constar el resto del clausulado «en los términos que resulten de la escritura». En ambos casos, la pregunta es obligada: ¿cuáles son esas cláusulas de trascendencia real de las que habla la norma, las únicas inscribibles en el primer supuesto, y cuya admisión actúa en cuanto presupuesto para la transcripción de las cláusulas financieras, en el segundo?¹⁷

Se ha de decir que son los pactos o estipulaciones concretos que hacen al contenido de la hipoteca, no del crédito que a su través se asegura. Se trata de los pactos que fijan el principal e intereses o, como mejor expresa, el párrafo primero del artículo 12 L.H., «el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria» en su relación meramente identificadora con las «obligaciones garantizadas»; pero también el término de la hipoteca, su extensión objetiva, la distribución

¹⁷ Vid. CORDERO LOBATO, «Proyectadas novedades en materia hipotecaria», en *Actualidad Jurídica Aranzadi* n° 732 (2007); SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, «Las cláusulas del préstamo hipotecario: su acceso registral tras la Ley 41/2001», en *La Ley*, Diario n° 6.950, de 21 de mayo de 2008; BLASCÓ GASCÓ, «El crédito y las hipotecas: las cláusulas del préstamo hipotecario», en su Comunicación al XVI Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Valencia en 2008 (disponible todavía en la página del Congreso, <http://www.cinder2008.com>).

de la responsabilidad cuando resultan varios inmuebles los gravados, los atinentes a la acción de devastación o de protección de la integridad de la finca, etc.

Frente a esas cláusulas, las financieras, de las que de suyo forman parte las de vencimiento anticipado, son las que integran, en su contenido, el préstamo garantizado. Su elenco se encuentra sucintamente recogido en el Anexo II de la Orden de 5 de mayo de 1994, del Ministerio de la Presidencia, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. En tal lugar se fijan como muy destacadas: a) la cláusula de capital del préstamo, que expresará el importe del préstamo y su forma de entrega; b) la cláusula de amortización donde se indicarán, entre otros datos, las fechas del primer y del último pago de amortización; el número, periodicidad y cuantía de las cuotas en que se divida la amortización del préstamo, cuando estuvieran fijadas de antemano; y las condiciones para el ejercicio de la facultad de reembolso anticipado; c) la cláusula de determinación de comisiones, en posible, y más que segura, referencia, a la comisión de apertura, comprendiendo cualesquiera gastos de estudio del préstamo, de concesión o tramitación del préstamo hipotecario, u otros similares inherentes a la actividad de la entidad prestamista ocasionada por la concesión del préstamo, que deberán obligatoriamente integrarse en una única comisión y se devengará en ésta y única sola vez; d) la cláusula de gastos a cargo del prestatario, donde se especificarán todos aquellos conceptos de gasto futuros o pendientes de pago que sean o se pacten a cargo del prestatario, como: gastos de tasación del inmueble; aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca; impuestos; gastos de tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora de impuestos; los derivados de la conservación del inmueble hipotecado, así como del seguro de daños y del seguro de vida del prestatario, cuando fueran aplicables (en los hechos, exigidos); los gastos procesales o de otra naturaleza derivados del incumplimiento por el prestatario de su obligación de pago; y cualquier otro gasto que corresponda a la efectiva prestación de un servicio, relacionado con el préstamo, que no sea inherente a la actividad de la entidad de crédito dirigida a la concesión o administración del préstamo; e) la cláusula sobre intereses de demora, en la que se precisará el tipo de interés por tal concepto, expresado sea en forma de tanto por ciento anual, sea añadiendo un margen al tipo de interés de referencia, así como la base sobre la que habrá de aplicarse y su forma de liquidación; y f) las cláusulas de resolución anticipada por la entidad de crédito, que, de pactarse expresamente, indicarán las causas especiales, distintas a las generales previstas en las Leyes, que faculten a la entidad prestamista para resolver anticipadamente el contrato de préstamo; así como el importe de la penalización por resolución anticipada del contrato, cuando ésta se base en el incumplimiento por el prestatario de alguna de las obligaciones derivadas del contrato de préstamo.

Pues bien, dispuesto aparentemente un nuevo marco de control registral sobre los préstamos con garantía hipotecaria, debemos plantearnos si ha de repercutir sobre la inscripción de un convenio de igualdad de rango y, por justa identidad de razón, de cualquier otro negocio sobre el rango. La cuestión está estrechamente vinculada a la limitación a la que, hoy, legalmente se aspira respecto de los pactos de vencimiento anticipado con los que se jalonan los clausulados hipotecarios, si se repara en que tal ha sido el medio usualmente adoptado por las entidades de crédito para preservar el rango convenido o ampararse en la esperada posición de prioridad que ha llevado a contratar¹⁸.

Desde luego, por más que se articulen por remisión a una eventual resolución anticipada, la trascendencia jurídico-real de los negocios —mayormente, de las cláusulas con proyección sobre

¹⁸ Cfr. BLASCÓ GASCÓ, *lug. cit.*, pp. 52 y ss. *Vid.*, también, la doctrina de la Resolución de 2 de octubre de 2006, parcialmente transcrita en el primer epígrafe de este trabajo, y de la que se deduce la consideración jurídico-real de los pactos «de vencimiento anticipado» cuyo propósito consista en mantener el valor de la garantía, concepto estrechamente ligado al del rango, pues el valor de una hipoteca, la expectativa de cobro por realización que confiere, ha de variar considerablemente si se ostenta uno u otro rango.

el rango del Registro—, resulta innegable. Confundir el sustrato protegido, con buscada eficacia frente a terceros —atento especialmente el procedimiento de ejecución (cfr. art. 130 L.H.)—, con el medio (reputado terminológicamente de «financiero») que se habilite en cuanto soporte, en ese entendimiento generalizador y, por ello, simplista del artículo 12 L.H., supondría menospreciar lo fundamental en pos de lo accesorio. Siendo comprensible el espíritu unificador del precepto, en evitación de la dispersión calificadora, no puede llevar a comprender que sólo lo atinente a «la responsabilidad hipotecaria» y «las obligaciones garantizadas», únicos ítems descritos en el primero de sus párrafos, hacen al derecho real de hipoteca. El rango, sin ir más lejos, conlleva un atributo, sobre el que se puede negociar, y es el Registrador quien debe controlar sobre la legalidad y aptitud de esos convenios, sin asumir de plano lo que le proponga el título presentado, ni tener que convalidar el abuso que pueda subyacer a los pactos con el pretexto de que todo podrá ser diferido al conocimiento, en su momento, del juez de turno.

En síntesis, goza el Registrador, como siempre ha gozado, de plena competencia calificadora en lo tocante a la prioridad y orden del Registro, en ajustado y cabal cumplimiento del grueso de la legislación hipotecaria, la cual no se agota en el citado artículo 12 L.H., por más que las partes expresen su propósito de uno u otro modo, o que ese orden, en defecto de la voluntad de todos los interesados (titulares registrales, partes en el negocio) e implicados (terceros intermedios), sólo pueda resultar alterado por expresa disposición judicial en el pertinente expediente contradictorio; y esto, por imperio de los principios de legitimación y salvaguardia jurisdiccional de los asientos registrales, cuya vigencia no está aquí de más recordar, por la estabilidad que traslucen de nuestro modelo de Registro.

